
VE
RI
TAS



Het Karakter van den Bewijslast in het Burgerlijk Geding.



HET KARAKTER VAN DEN BEWIJSLAST IN HET BURGERLIJK GEDING.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT, TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP AAN DE UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM, OP GEZAG VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. H. W. BAKHUIS ROOZEBOOM, HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE, IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP DINSDAG 9 FEBRUARI 1904, DES NAMIDDAGS TE 4 UUR, IN DE AULA DER UNIVERSITEIT,

DOOR

ABRAHAM GRÜNEBAUM,

GEBOREN TE AMSTERDAM.



AMSTERDAM. — J. H. DE BUSSY. — 1904.

Aan mijne Moeder en aan de nagedachtenis van mijn Vader.

INHOUD.

BESLUIT.

LITTERATUUR.

(Naar deze opgave wordt in den tekst verwezen).

ARCHIV. . . . . Archiv für die Civilistische Praxis, Tü bingen, Leipzig.

ASSER . . . . ASSER en VAN HEUSDE, Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Zwolle 1896.

ASSER, VERG. . . . . Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon, Amsterdam en den Haag, 1838.

AUBRY—RAU . . . . Cours de droit civil français. Parijs 1879 deel VIII, p. 151 v. v.

B. G. B. . . . . Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

BECKH . . . . Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München, 1899.

BETHMANN—HOLLWEG . . . Versuche über einzelne Theile des Civilprozesses, Berlijn en Stettin, 1827; p. 319 v.v.

BEST . . . . Principles of the law of evidence, London, 1866.

BETZINGER. . . . . Die Beweislast im Civilprocess, Karlsruhe, 1894.

BIRKMEYER . . . . Das Officialverfahren im Civilprocess, Z. f. C. P. dl. VII.

BOLGIANO. . . . . in Holtzendorff's Rechtslexicon, v⁰. Beweis.

BONEVAL FAURE (VAN). . . Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht, Leiden, A⁰. 1893, 1900, 1901, 1896, 1897, 1900.

Bonnier . . . . Traité théorique et pratique des Preuves en droit civil et en droit criminel. Parijs, 1873.

Bosch Kemper (De). . . . Wetboek van Strafvordering, 3 dln. Amsterdam, 1838—40.

Bülow . . . . Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868.

C. P. O. . . . . Civilprozessordnung (1898).

Canstein (Von) . . . . . Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechtes, dl. II, Berlijn 1882.

Canstein (Von). . . . . . Die Rationellen Grundlagen des Civilprozesses, Weenen, 1877.

Cüppers . . . . Beiträge zur Lehre von der Beweislast (diss. Bonn), Düsseldorf, 1902.

Dernburg. . . . . Pandekten, deel I, Berlijn 1896.

Diephuis . . . . Het Nederlandsch Burgerlijk Recht, deel II, Groningen 1872, p. 288 v. v.

Fitting. . . . . Die Grundlagen der Beweislast, Berlijn, 1888.

Garsonnet . . . . Traité théorique et pratique de procédure, Parijs 1882, deel II.

Goudsmit . . . . Pandekten-Systeem, Leiden 1866, dl. I, pag. 270 v. v.

Hartog (L. S. G. De) . . . Notoire feiten in het Burgerlijk Geding, (diss.) Amsterdam 1899.

Hazelhoff Roelfsema (K. A. W. L.) . . . . De Koop op monster, (diss.) Amsterdam 1876.

Heusler . . . . Die Grundlagen des Beweisrechtes, Archiv, deel 62.

Kisch . . . . Zeitschrift für Civilprozess, Band 30, p. 532 v. v.

Kleinfeller . . . . Kritische Vierteljahresschrift, Tübingen en Leipzig, Band 44, p. 216 v. v.

KRESS . . . . Zur Lehre von der Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Würzburg 1899.

LAND. . . . . Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, dl. III² (1894), deel II en III (tweede druk 1901, 1902), Haarlem.

LANGENBECK . . . . Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deel II, Leipzig 1858-1861.

LAURENT . . . . Principes de droit civil, deel XIX, Parijs 1878.

MARCADÉ . . . . Explication du Code Civil, dl. V, Parijs 1873.

MARTINIUS . . . . Behauptungs- und Beweislast bei der Negative und dem bedingten Vertrage, Berlijn 1902.

MAXEN . . . . Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen, Göttingen 1861.

MOLTZER . . . . Behoort het bepaalde in art. 1902 B. W. bij de herziening van ons bewijsrecht gehandhaafd te blijven? Rechtsg. Magazijn 1903, p. 518 v. v.

MOTIVE . . . . Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlijn en Leipzig, 1888.

ONTWERP ST.C. . . . . . . Ontwerp der Staatscommissie tot herziening van de eerste zes titels van het vierde boek van het Burgerlijk Wetboek, den Haag, 1901.

R. O.. . . . . id. Regeeringsontwerp, Hand. Tweede Kamer 1903—1904 No. 70 (Bijl.) en: den Haag 1903.

OPZOOMER. . . . . (-LEVY.) Het Burgerlijk Wetboek verklaard, deel XII, den Haag 1900.

OPZOOMER . . . . Het B. W., Aanteekeningen op artikelen, 2e druk.

PINTO (A. DE) . . . . Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering, den Haag 1848.

PINTO (A. A. DE) . . . . . Het herziene Wetboek van Strafvordering, Zwolle 1886.

Post (J. C.) . . . . De leer van den Bewijslast in rechtspractijk en Wetgeving, (diss.) Amsterdam 1893.

Reinhold . . . . Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast, Berlijn 1888.

Reinhold, Zeitschr . . . . Zur Lehre von der Beweislast, in Zeitschrift für Deutschen Civilprozess, deel 20, pag. 113 v. v.

Rosenberg . . . . Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlijn 1900.

Rosenberg, Archiv . . . . Zur Lehre vom sog. qualifizirten Geständnisse, Archiv, dl. 94, p. 1 v. v.

Stein . . . . Das Private Wissen des Richters, Leipzig 1876.

Toullier . . . . Le droit civil français suivant l'ordre du Code, Brussel 1848. Dl. IV.

Unger . . . . System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, dl. II, Leipzig 1876.

Wach, Beweisl. . . . . . . Die Beweislast nach dem B. G. B., Leipzig 1901.

Wach, Vortr., ... Vorträge über die Reichscivilprozessordnung, Bonn 1879.

Wach, Handb., ... Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, Leipzig 1885.

Weber . . . . Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozess, 3e uitg. met „Zusätze" van Heffter, Leipzig 1845.

Wetzell . . . . System des ordentlichen Civilprozesses, 3e dr., Leizig 1871, § 15 e. v.

Windscheid . . . . Lehrbuch des Pandektenrechts, Düsseldorf 1875.

Zachariae—Crome . . . . Handbuch des Französischen Civilrechts, Freiburg i. B. 1894.

Zeitschrift, Z. f. C. P. . . . Zeitschrift für den Deutschen Civilprozess, Berlijn.

EERSTE HOOFDSTUK.

Het Wezen van den Bewijslast.

EERSTE HOOFDSTUK.

Het Wezen van den Bewijslast.

---

§ 1. In navolging van art. 1315 van den Code Civil bepaalt onze wet in art. 1902 B.W.:

Een iegelijk, die beweert eenig regt te hebben, of zich op eenig feit, tot staving van zijn regt of tot tegenspraak van eens anders regt, beroept, moet het bestaan van dat regt of van dat feit bewijzen.

Terecht wijkt onze bepaling in zoover af van het Code-artikel, dat zij algemeen luidt en niet uitsluitend op den bewijslast bij verbintenissen betrekking heeft. [1]) Tot deze beperking kwam de Fransche wetgever door een te ver gedreven navolging van POTHIER, die in de IVième Partie van zijn „Traité des obligations" handelt „de la preuve tant des obligations que de leur paiement". Dat deze omstandigheid echter niet wegneemt, dat de uitlegging van art. 1315 C.C. en die van art. 1902 B.W. hand aan hand behoort te gaan, is te meer duidelijk, waar, bij gebreke van andere bepalingen, art. 1315 C.C. ook op niet-obligatoire rechtsbetrekkingen toepassing moet vinden met de overweging: „la

---

[1]) ASSER, Het Ned. Burg. Wetb. vergeleken met het Wetboek Napoleon § 871.

classification ne fait pas la loi et moins encore une erreur de classification". [1])

Er bestaat intusschen nog een ander verschilpunt tusschen de beide voorschriften. Art. 1315 C. C. immers luidt:

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Daarin wordt dus uitdrukkelijk bepaald, dat de gedaagde den bewijslast draagt, indien hij beweert, dat het door den eischer ingeroepen recht wel is ontstaan, maar later is tenietgegaan. Nu is het natuurlijk van zelf sprekend, dat dit ook uit art. 1902 B.W. volgt — want de bewering, dat het recht niet meer bestaat, valt zonder twijfel onder de „tegenspraak van eens anders regt" —, maar men heeft in de Fransche, en bijgevolg ook in onze bepaling dit willen lezen, dat een verdere verdeeling van den bewijslast door de wet niet wordt erkend, dat dus op den eischer het bewijs rust van alle omstandigheden voor het ontstaan van zijn recht vereischt, op den gedaagde enkel dat van die, welke dat recht zouden hebben doen tenietgaan [2]) [3]).

Daargelaten, tot welke onpractische resultaten deze opvatting voert, [4]) blijkt hare onjuistheid duidelijk uit een vergelijking van art. 1315 C. C. met de woorden van Pothier, waaraan zij ontleend is. Pothier leert, dat: „celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance,

---

[1]) Laurent, No. 81.

[2]) Post, p. 8 v.v.

[3]) Hetzelfde zou natuurlijk in omgekeerden zin gelden, indien de gedaagde zich op een eigen recht beroept, met opzicht tot den eischer.

[4]) Molengraaff, Rg. Mag. 1894, pag. 244.

lorsqu'elle est contestée; au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement", en bedoelt daarmede klaarblijkelijk, dat de eischer de overeenkomst of gebeurtenis, waaruit zijn vorderingsrecht voortvloeit, de gedaagde de betaling moet bewijzen. Maar in hoever zij dit nu moeten doen, of bijv. de eischer ook moet aantoonen, dat niet ten gevolge van een of andere omstandigheid de overeenkomst geen rechtsgevolg heeft, daaromtrent laat POTHIER zich niet uit. Men zou in zijne woorden (en dus ook in art. 1315 C. C.) méér leggen, dan daarin werkelijk staat, indien men er iets anders uit begreep dan dit: geldt het de afsluiting eener overeenkomst of het gebeurd zijn eener omstandigheid, die een verbintenis tengevolge heeft, dan is allereerst de eischer, geldt het de betaling, dan is allereerst de gedaagde met het bewijs belast. Art. 1315 C. C. zou dus volstrekt niet worden overtreden, indien men éénerzijds bij een beroep op minderjarigheid door den gedaagde op dezen den bewijslast legde, andererzijds den eischer liet bewijzen, dat de door den gedaagde ingeroepen verjaring gestuit of geschorst is. Daarmede vervalt natuurlijk de stelling, dat ook door art. 1902 B. W. van den eischer het bewijs van het ontstaan van zijn recht in zijn geheelen omvang wordt gevorderd. Dit laatste is wel nog onlangs door MOLTZER [1]) volgehouden op grond, dat er in ons recht van geene derde categorie feiten (buiten die, welke een recht doen ontstaan en die, welke het doen tenietgaan) sprake is, maar deze bewering kan m. i. moeilijk juist heeten. MOLTZER ziet in het beroep op dwang, dwaling, bedrog of minderjarigheid een eigenlijke exceptie (beroep op een zelfstandig

---

[1]) Rg. Mag. 1903, p. 520; vg. vooral noot 1 t. z. p.

subjectief recht), zoodat hier de gedaagde den bewijslast draagt, en beschouwt de bewering, dat de overeenkomst onder een voorwaarde of tijdsbepaling is gesloten, dat er eene vergissing heeft plaats gehad, of dat de contractant krankzinnig was, als een gemotiveerde ontkenning van den feitelijken grondslag der vordering. Gesteld eens, dat dit alles volkomen juist ware, blijven er dan niet nog zoovele andere feiten over, die voorwerp van bewijs kunnen uitmaken? Het gemaakt-zijn eener van dispositieve wetsbepalingen afwijkende afspraak, het buiten den handel zijn der verkochte zaak, de verzwijging door den verzekerde van eenig voor den assuradeur belangrijk feit: al deze omstandigheden en nog vele andere zijn van dien aard, dat een beroep daarop noch eigenlijke exceptie, noch ontkenning heeten kan, zoodat bij gebreke van een rechtsgrond om den gedaagde met het bewijs te belasten, de eischer zou moeten genoodzaakt worden het tegendeel aan te toonen. De onbillijkheid daarvan springt in het oog en ik zie dan ook niet in, op welken wettelijken grond MOLTZER's bewering steunt: dat art. 1902 geen argument daarvoor oplevert, is reeds gebleken.

De beteekenis van art. 1902 B. W. nu is m. i. deze: het artikel *gaat uit van het bestaan eener verdeeling van den bewijslast:* hij, die beweert eenig recht te hebben, moet de feiten bewijzen, die hij tot staving zijner vordering noodig heeft; hij, die dat recht tegenspreekt, de feiten, waarvan de juistheid zijner tegenspraak afhankelijk is [1]). Over de vraag echter, met **welke** feiten de bewering des eischers voldoende is gestaafd, met **welke** feiten de gedaagde tot het voeren zijner verwering kan volstaan, laat het artikel

---

[1]) DIEPHUIS, II, p. 302; FAURE IV [1], p. 27; LEVY-OPZOOMER, p. 47; vg. artt. 3307—3308 Ontwerp 1820; artt. 35—37 Wetten 1804.

zich evenmin als art. 1315 C. C. uit. Op dit punt laat het de wetenschap geheel vrij.

Zelfs houdt de Fransche doctrine zich met de vraag, hoevele ontstaansfeiten de eischer, hoevele vernietigende feiten de gedaagde moet bewijzen, in het geheel niet bezig en bepaalt zich tot de zeker zeer juiste, maar niets-zeggende stelling, dat „celui qui intente une action ou qui oppose un moyen de défense au demandeur, doit prouver les faits qui servent de fondement à sa demande ou à sa défense" [1]), terwijl dan de rechtspraak, om uit te maken, op welke partij in ieder bijzonder geval de bewijslast rust, op groote schaal met vermoedens (présomptions naturelles, morales, légales) opereert op een wijze, die uit den aard der zaak niet van willekeur is vrij te pleiten [2]).

Voorzoover daarentegen enkele schrijvers, als DEMOLOMBE [3]), AUBRY-RAU [4]) en ZACHARIAE-CROME [5]), wél een beginsel trachten te stellen voor de verdeeling van den bewijslast, komt dat zoo goed als geheel overeen met hetgeen ten onzent naar de algemeene opvatting uit art. 1902 B. W. moet worden afgeleid.

---

1) LAURENT, nos. 90—92; vg. MARCADÉ V, p. 2—5; BONNIER I, p. 30 vv.; TOULLIER IV, p. 220; GARSONNET, p. 308.

2) De beslissingen komen vrijwel neer op de oude, door WEBER in Duitschland (1805) met goeden uitslag bestreden „praesumtie-theorie": „le dol, la fraude ne se présument jamais", dus(?) moet hij, die ze beweert, bewijs leveren, „les présomptions sont toujours en faveur de la capacité", „la faute... n'est présumable", maar somtijds „la nature du contrat (?) modifie cette règle", bijv. indien een gedeponeerde zaak is tenietgegaan. Maar is het ontbreken van een vermoeden vóór een feit dan hetzelfde als het bestaan van een vermoeden daartegen? Zie DALLOZ, v⁰. PREUVE nos. 30—42.

3) Traité des Contrats, Parijs 1876, dl. VI n⁰. 194.

4) Cours de droit civil français, Parijs 1879, dl. VIII, § 749.

5) Handb. des Franz. Civilrechts (1894), Bd. I § 150—152.

De juistheid dezer opvatting en daarmede de bepaling van art. 1902 B. W. zal aan een nadere beschouwing moeten worden onderworpen. Deze beschouwing mag zeker van actueel belang worden geacht, waar het Ontwerp der Staatscommissie tot herziening der eerste zes titels van het Vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek [1]) zich op dit punt geheel bij het bestaande aansluit, behoudens een verbetering van de redactie, en tevens, blijkens hare verwijzing naar § 193 van het Duitsche Ontwerp van een Burgerlijk Wetboek van 1888 [2]), de interpretatie of liever de nadere preciseering aanvaardt, die door de ten onzent heerschende opvatting aan art. 1902 B. W. gegeven wordt.

Ook de Staatscommissie [3]) kwam tot het resultaat, dat in de wet niet behoort te worden bepaald, op welke partij in ieder bijzonder geval de bewijslast rust. Wel schijnt het bij den eersten aanblik, dat men de practijk geen grooter

---

1) Uitgegeven bij BELINFANTE, den Haag, 1901 en geciteerd als Ontw. St.C. De commissie bestond uit de heeren Mrs. Jhr. P. R. FEITH, voorzitter, A. P. TH. EYSSELL, J. P. MOLTZER, A. F. K. HARTOGH (sedert overleden), terwijl Mr. H. DE RANITZ haar als secretaris was toegevoegd, en werd ingesteld bij K. B. van 25 Oct. 1899 No. 45.

2) § 193 Entw. I: „Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung oder die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind".

3) Ontw. St.C., pag. 49 v.v. De redactieverbetering bestaat hierin, dat thans duidelijk uitkomt, dat alleen feiten als voorwerp van bewijs in aanmerking komen. Vg. art. 1902 Ontw. St.C.: „Hij, die zich tot staving van eenig recht of van de tegenspraak tegen eens anders recht, beroept op een feit, waarvan de gegrondheid zijner bewering of tegenspraak afhankelijk is, moet het bestaan van dat feit bewijzen"; welke bepaling nagenoeg woordelijk is overgenomen in het Regeeringsontwerp (geciteerd als R. O., naar de uitgave van BELINFANTE, den Haag 1903) ingediend bij K. Boodschap van 30 Sept. 1903, Bijl. Hand. Tweede Kamer, 1903—1904, No. 70.

dienst zou kunnen bewijzen dan door den rechter een leiddraad te verschaffen door het labyrinth van kwesties, die zich hier voordoen, maar na ernstige overweging besloot de Commissie hiertoe geene pogingen aan te wenden, daar zij de overtuiging kreeg, dat het onmogelijk zou zijn en elk voorschrift hier meer goed dan kwaad zou doen. „In elke zaak doen de feiten zich op een eigenaardige wijze voor; de kleinste omstandigheid kan er toe leiden, dat het oogpunt, waaronder men de zaak te beschouwen heeft, geheel worde gewijzigd" [1]). De Commissie besloot daarom, het voorbeeld te volgen van den Duitschen wetgever, die de in het Eerste Ontwerp (1888) voorkomende afdeeling over „Beweis" (§ § 193—197) bij de tweede lezing liet vervallen, onder meer tengevolge van de scherpe critiek, vooral door Gierke, Fischer en Hölder op die bepalingen uitgeoefend [2]). Terwijl echter de Duitsche wetgever ook de geciteerde § 193 schrapte, en zich daartegenover toelegde op een nauwkeurige redactie van elk bijzonder voorschrift van het Burgerlijk Wetboek — daar „bei richtiger Fassung und Auslegung der Rechtssätze... sich nicht nur das Beweisthema, sondern auch die Beweispflicht von selbst ergeben (müsse) — [3]), sluit de Staats-Commissie zich bij het bestaande art. 1902 aan, met de bedoeling daarin hetzelfde neer te leggen, wat § 193 van het Duitsche Ontwerp bepaalde en wat ook door de heerschende opvatting in art. 1902 B. W. gelezen wordt.

---

[1]) Ontw. St.C., t. a. p.; R. O. p. 38, v.v.

[2]) Zie de toelichting op deze bepalingen (afd. 10 Boek I) in de Motive, dl. I p. 382 v.v. Zij betroffen den bewijslast in het algemeen (§ 193) en dien ten aanzien van handelingsonbevoegdheid, dwaling, dwang, bedrog (§ 194), de inachtneming der vereischte vormen (§ 195), de voorwaarde en de tijdsbepaling (§ 196—197). Vg. Fischer, Recht und Rechtsschutz, Berlijn, 1889, p. 18 v. v.

[3]) Protokolle Komm. Zweite Lesung (Berlijn 1897) dl. I, p. 259; vg. Rosenberg, p. 110 v.v.

§ 2.

Naar deze opvatting nu rust de bewijslast op hem, die beweert een recht te hebben. De grond der actie is een door de wet erkend subjectief recht [1]; hij die een actie instelt, beweert, dat hem een subjectief recht toekomt en dus ook dat dit recht bij het instellen der vordering werkelijk bestaat. Die bewering nu „is voor den rechter niet aannemelijk, indien hare waarheid niet blijkt, en terwijl het beweerde recht afhankelijk is van het bestaan van feiten, zoo moet door hem, die een recht beweert te hebben, het bewijs geleverd worden van die feiten" [2]. Art. 1902 is duidelijk op dit punt: een recht kan eerst erkend worden na bewijs der feiten, waarvan het afhankelijk is.

Door het instellen zijner vordering roept de eischer de tusschenkomst des rechters tegen een bepaald persoon in, om dezen tot de erkenning van het beweerde recht en tot de voldoening van hetgeen hij schuldig is, te noodzaken [3]. „Das Klagerecht", zegt UNGER [4], „ist das Recht als gerichtlich verfolgbares; das Klagerecht in seiner Geltendmachung ist das Recht als gerichtlich verfolgtes, mittels Klage geltend gemachtes Recht, der klagbare Rechtsanspruch als eingeklagter... Der Kläger nimmt in seiner Klage ein concretes Recht als ein ihm zustehendes in Anspruch."

Doch ook de gedaagde kan zich beroepen op een hém

---

1) „Onder de rechten, wier bestaan door partijen wordt beweerd of tegengesproken, zijn te verstaan subjectieve rechten": Ontw. St.C. p. 50; R. O. p. 39.

2) FAURE IV[1], p. 20, vg. dl. I p. 303 v.v.; vg. GOUDSMIT, Systeem I, p. 270 v. en VAN BELL, p. 1 v.v. Hier en elders is de cursiveering in de citaten van mij.

3) FAURE I, p. 233.

4) UNGER, p. 447 v.

toekomend recht, waardoor, indien het bestaat, dat van den eischer tijdelijk of blijvend, gedeeltelijk of geheel, krachteloos wordt gemaakt. Tegenover een eigendomsactie beroept hij zich op vruchtgebruik of huur. In dat geval staat het aan den gedaagde de feiten te bewijzen, die aan het hem toekomend recht het aanzijn gaven: voor hem geldt, evenzeer als voor den eischer, het beginsel, dat het bestaan van een recht door den rechter niet kan worden aangenomen, zoolang niet de waarheid is gebleken van de feiten, waarvan dat bestaan afhankelijk is.

Het bestaan van een subjectief recht is n.l. niet voor zinnelijke waarneming vatbaar en kan derhalve alleen worden afgeleid uit de feiten, waaraan het door het objectieve recht verbonden wordt. Deze feiten moeten nu worden bewezen door hem, die beweert dat hem het recht toekomt [1]), het maken van de wettelijke gevolgtrekking, dat het recht bestaat, is de taak des rechters [2]).

Nu is echter, opdat een subjectief recht werkelijk bestaat, een geheele reeks van feiten vereischt [3]). Beschouwen wij eens de vordering des uitleeners op teruggave van geleend geld. Onder welke feitelijke voorwaarden heeft de uitleener het recht het geleende bedrag op te eischen? Allereerst is natuurlijk noodig, dat tusschen hem en den gedaagde eene overeenkomst van verbruikleening is gesloten, dat hij dus aan zijne wederpartij een hoeveelheid

---

1) Waar in deze paragraaf verder van eischer wordt gesproken, geschiedt dit kortheidshalve, inplaats van „hij, die beweert een recht te hebben."

2) Ontw. St.C. p. 49.

3) Vg. voor het volgende, behalve de reeds aangehaalde schrijvers Wach, Vorträge p. 157 en Handbuch I, p. 125 v.; Maxen p. 50; Reinhold § 30 en Z. f. C. P. p. 140; Wetzell § 15 v.; Bethmann—Hollweg, p. 338; en Windscheid I § 133.

vervangbare zaken (hier : geld) heeft afgegeven en deze zich heeft verbonden hem evenveel te zullen teruggeven (art. 1791 B. W.). Is dit niet het geval geweest, dan is de vordering van iederen deugdelijken grond ontbloot: waar niet is geleend, kan ook niet worden teruggevorderd. Maar is dit nu voor het bestaan van des eischers recht voldoende? Bij lange na niet. Daarvoor is nog bovendien vereischt, dat partijen tijdens het aangaan der overeenkomst bekwaam waren om een verbintenis aan te gaan, dat noch dwang, noch dwaling of misverstand, noch bedrog heeft plaats gegrepen. In al deze gevallen ontstaat geen of slechts een gebrekkig recht, het ontbreken van onbekwaamheid, dwang, dwaling en bedrog is dus noodzakelijk. Doch ook dat is nog niet genoeg. Het recht des eischers moge eens ontstaan zijn, daarmee is volstrekt nog niet aangetoond, dat het nog thans, ten dage der vordering bestaat. Het kan tengevolge van velerlei oorzaken zijn tenietgegaan en dan natuurlijk ook niet meer worden geldend gemaakt. Men denke aan betaling, compensatie, schuldvernieuwing, kwijtschelding, verjaring enz. Één enkel dezer feiten heeft reeds doodelijk gevolg voor de rechtsvordering!

Wilde men nu den regel, dat hij, die een recht beweert te hebben, die bewering bewijzen moet, tot in de uiterste consequenties doorvoeren, dan zou men tot het resultaat komen, dat op den eischer de bewijslast rustte niet slechts ten aanzien van de aanwezigheid der voor het ontstaan van het recht in het bijzonder geeischte feiten, doch ook ten aanzien van het ontbreken van alle andere feiten, tengevolge waarvan het beweerde recht in de geboorte had kunnen zijn gesmoord of later zijn tenietgedaan. Want ook het ontbreken van deze laatste feiten is noodzakelijk, opdat de eischer met juistheid beweren kan, dat hem het recht toekomt.

Een dergelijk bewijs van den eischer te vorderen, zou echter de handhaving der rechten geheel illusoir maken. Reeds Celsus [1]) zag in, dat dit niet aanging: „prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit, sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur". De eischer, die naast het bestaan der bijzondere feiten nog de afwezigheid van alle omstandigheden zou moeten aantoonen, welke het ontstaan van zijn recht zouden hebben kunnen verijdelen of dat recht zouden hebben kunnen opheffen, „zou aan zijne rechtsvordering al heel weinig hebben. Het gebruik daarvan werd meerendeels onmogelijk [2]). Daarom dient een billijke verdeeling van den last [3]) tusschen beide partijen plaats te hebben. Heeft de eischer aangetoond, dat de toestand waarin de verweerder geplaatst is, in strijd is met zijn recht, de verweerder zal de onrechtmatigheid van het dus door den eischer bewezen recht moeten aantoonen. Feiten, die het recht doen ontstaan (positief-werkende) voert alzoo de eischer aan; verhinderende of opheffende (negatief-werkende) feiten, daarop zal de gedaagde zich ter verdediging beroepen". Want uit de feiten, die vereischt zijn om het door den eischer bewezen recht te doen ontstaan, wordt voorshands, n.l. behoudens tegenspraak van den gedaagde, tot het bestaan van het recht besloten [4]).

De bewijslast, die in beginsel ten aanzien van alle vereischten voor het bestaan van zijn recht op den eischer zou

---

1) l. 12 D. de prob. 22, 3.

2) Unger t. a. p.: „eine stumpfe Waffe, deren Gebrauch der Verpflichtete mit aller Ruhe entgegensehen könnte".

3) „de rechtvaardigheid vordert, dat ieder hunner gelijkelijk worde verplicht, hetgeen hij stelt, indien en voorzoover de beslissing der zaak daarvan afhangt door bewijzen waar te maken". Ontw. St.C. p. 50.

4 Faure I, p. 304.

rusten, moet dus op gronden van billijkheid tusschen beide partijen worden verdeeld, en de maatstaf dier verdeeling is deze, dat de eischer de positief-werkende, de gedaagde de negatief-werkende feiten te bewijzen heeft. Welke feiten vallen nu onder de éene, welke onder de andere categorie?

De heerschende leer zegt daaromtrent het volgende: [1])

„Hij die 's rechters hulp tot erkenning van zijn recht inroept, heeft van de reeks feiten, welke vereischt worden, zal deze tot het bestaan van het betwiste recht kunnen besluiten, te bewijzen de specifieke feiten, welke zijn recht zouden hebben kunnen doen ontstaan, hetzij zij van positieve of van negatieve natuur zijn. Op de tegenpartij rust echter de last van bewijs van het niet-aanwezig zijn van algemeene (regelmatige) vereischten, voor de geldigheid elker rechtshandeling vastgesteld, wanneer zij dit beweert, evenals van zulke omstandigheden, waaraan de wet een uitzondering verbindt op den regel, dien de eischer voor zich inroept, alsook van zoodanige feiten, welke het ontstane recht zouden hebben doen tenietgaan".

Criterium voor de verdeeling van den bewijslast is dus de onderscheiding der feiten, die op het bestaan van een recht

---

[1]) Ik kies de formuleering van Post (p. 2 v.v., vg. Goudsmit, p. 277 v.v.). Tegen die van Faure (IV[1], p. 26) heb ik deze bezwaren: „feiten, welke onbestaanbaar zijn met die, welke voor het ontstaan van een recht worden bewezen" hebben met de verdeeling van den bewijslast niets uit te staan en kunnen alleen voorwerp zijn van tegenbewijs. De „feiten, welke, omdat zij gewoonlijk plaats hebben.... geacht worden te hebben plaats gehad" gelijk mede de „feiten, welke het ontstaan van het beweerde recht zouden hebben kunnen verhinderen" vormen geene zelfstandige categorieën: Faure had m. i. kunnen volstaan met te zeggen, dat van hem, die den regel voor zich inroept, geen bewijs wordt gevorderd van het niet-bestaan van feiten, waaraan de wet een uitzondering op den regel verbindt.

van invloed kunnen zijn, welke ook aan § 193 van het Duitsche ontwerp tot grondslag strekte, n.l. in:

a. Specifieke feiten, welke den eigenaardige, bijzonderen grond vormen van het ontstaan van het recht;

b. feiten, welke verhinderen, dat het aan de specifieke feiten in het algemeen verbonden gevolg intreedt;

c. feiten, welke het ontstane recht weder opheffen.

Wie een recht beweert te hebben, hij moge eischer zijn of gedaagde, moet de specifieke feiten (rechtserzeugende, — begründende Thatsachen) bewijzen, daarentegen rust op zijne tegenpartij de bewijslast van het bestaan van de feiten sub *b* en *c* vermeld, (rechtshinderende en rechtsvernichtende Thatsachen).

„De feiten, die van invloed zijn op het ontstaan, de voortduring of wijziging en het eindigen of de opheffing van de rechten en rechtsbetrekkingen der personen, moeten, opdat daaraan die kracht zal worden toegekend, als werkelijk bestaande, als waar erkend worden.... Wat bewijs behoeft, moet bewezen zijn en kan anders niet door den rechter als waar worden aangenomen, ziedaar den grond van den regel omtrent den bewijslast... En is de erkenning daarvan noodig tot staving der vordering of bewering van hem, die er zich op beriep, dan zal hij het moeten bewijzen, of ondervinden, dat het niet als waar wordt erkend en dientengevolge zijn beroep daarop hem niet baat". [1])

Het komt er dus ten slotte op aan te weten, welke feiten tot staving eener vordering noodig zijn, m. a. w. welke feiten als specifieke feiten moeten worden beschouwd: want uit deze wordt immers, behoudens het door de tegenpartij te voeren bewijs van verhinderende of opheffende omstandigheden, tot het bestaan van het beweerde recht besloten.

---

[1]) DIEPHUIS II, p. 288 v.v.

Deze vraag nu vindt hare oplossing in de leer van de „vereischten tot de rechtsvordering voor hare instelling" [1], of zooals laatstelijk MOLTZER [2]) het formuleerde: de processueele rolverdeeling in vordering, tegenspraak, repliek enz. wordt uitsluitend beheerscht door de vraag: op welke rechtsfeiten in elk bijzonder geval een beroep moet worden gedaan" en behoort derhalve tot de algemeene leer der actiën, dus tot dát deel van het materieele burgerlijke recht, dat om zijn inwendig verband met het proces veelal „materieel procesrecht" of „actiënrecht" wordt genoemd [3].

De wettelijke regeling van de verdeeling van den bewijslast behoort dus in het Burgerlijk Wetboek tehuis, de wetenschappelijke ontwikkeling in de leerboeken van het privaatrecht. Zoo vinden wij in het ontwerp 1820 Boek IV, handelende over de „rechtsmiddelen tot handhaving van recht", in titel VII gehandeld „van bewijs in het algemeen" waaronder dan in de artt. 3307 en 3308 van de verdeeling van den bewijslast sprake is [4], in ons B. W. art. 1902, in den Code Civil art. 1315; zoo beschouwen POTHIER [5], AUBRY-RAU [6], ZACHARIAE-CROME [7], UNGER [8], DERNBURG [9], GOUDSMIT [10], DIEPHUIS [11] en de meeste verdere Pandekten-Systemen en

---

1) FAURE I § 34.

2) p. 521.

3) FAURE I p. 3 v., p. 233, IV1, p. 10; GOUDSMIT I, p. 207.

4) vg. VOORDUIN V, p. 436.

5) Traité des obligations, Partie IV: „De la preuve tant des obligations que de leur paiement".

6) deel VIII p. 117 v. („Droit civil pratique français"), p. 154 v.v.

7) t. a. p.

8) dl. II t. a. p., vg. § 112

9) Pandekten, I, § 159.

10) Systeem, t. a. p.

11) Deel II, t. a. p.

leerboeken van het privaatrecht de verdeeling van den bewijslast als behoorende tot het terrein van het burgerlijk recht [1]).

§ 3.

Niettegenstaande deze opvatting door het gezag van zoovele autoriteiten wordt gesteund, rijzen daartegen toch bij nadere beschouwing bedenkingen, zoo talrijk en zoo gewichtig, dat ernstige twijfel aan hare juistheid gerechtvaardigd is.

De bewijslast rust op hem, die, bij wege van vordering of exceptie, beweert een recht te hebben. Ik zou allereerst willen vragen: waarom brengt juist de bewering een recht te hebben, het dragen van bewijslast mede? Zeker, de rechter kan die bewering niet gelooven, zonder bewijs der feiten, waarop zij steunt; maar geldt dit dan niet van iedere bewering, ook van die der tegenpartij, die het bestaan van het recht ontkent? Waarom wordt aan het beweren der ontkennende partij geloof gehecht, totdat de andere de feiten, aan haar recht ten grondslag liggende, bewezen heeft? Partijen staan toch met hunne beweringen voor den rechter gelijk; zoolang geen bewijs is geleverd, verdient de ééne niet meer of minder vertrouwen dan de andere! [2])

Vervolgens gaat de stelling, dat hij, die eene rechtsvordering instelt, zich grondt op een hem toekomend „wirkliches, gegenwärtiges, verfolgbares Recht" [3]) volstrekt niet altijd op. Een subjectief recht is vaak, doch lang niet altijd de grond der ingestelde vordering, er wordt tallooze malen een proces

---

[1]) vg. nog: Begründung des Entwurfs zur C. P. O., (Berlijn 1872), dl. I, p. 256.

[2]) Ontw. St.C. pag. 50; FAURE, IV[1], p. 5; UNGER, p. 551; DIEPHUIS II, p. 302.

[3]) VON SAVIGNY, System, V, p. 281.

gevoerd, zonder dat er van een subjectief privaatrecht sprake is. De vorderingen tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, scheiding van goederen, tot nietigverklaring van een huwelijk of van een overeenkomst, tot ontkenning der wettigheid, tot vervallenverklaring van een zakelijk recht, tot ontbinding eener overeenkomst (alles vorderingen dus, die uitloopen op een vonnis, dat een nieuwen rechtstoestand schept), de vorderingen tot verklaring van het niet-bestaan van een recht (zgn. „negative Feststellungsklage") zijn evenzoovele voorbeelden van acties, wier grond niet is een subjectief recht, en waarmee dus in art. 1902 geene rekening wordt gehouden.

Toch zal niemand beweren, dat bij deze acties de vraag naar den bewijslast niet evengoed bestaat als bij een revindicatie of een opvordering van geleend geld. Integendeel is juist de verdeeling van den bewijslast bij ontbinding eener overeenkomst of vervallenverklaring van erfpacht wegens wanbetaling één der meest gewichtige en meest besproken kwesties uit ons leerstuk. Toch beweert de eischer daarbij niet een recht te hebben, en kan dus ook geen sprake zijn van feiten, die dat recht doen ontstaan en andere, welke dat ontstaan verhinderen. Nu kan men wel het begrip „specifieke feiten" uitbreiden van „rechtserzeugende" tot „anspruchserzeugende", maar dan heeft men ook allen steun verloren, daar de geheele onderscheiding van positief- en negatief-werkende feiten van het bestaan van een subjectief recht uitgaat. De leerboeken van het privaatrecht zeggen ons wel, wat de specifieke ontstaansgronden zijn van zakelijke of obligatoire subjectieve rechten [1]), doch zwijgen

[1]) Bijv. levering, verjaring, overeenkomst. Ook hier echter blijft voor de beantwoording der vraag, of die ontstaansfeiten nu ook in al hun elementen moeten worden bewezen, groote behoedzaamheid vereischt. Dat men die bijv. uit het oog verloor door de „overeenkomst",

op dit punt, wanneer het rechtsvorderingen geldt, die niet op zulk een recht gebaseerd zijn.

Geheel op een dwaalspoor leidt de heerschende leer bij acties, die niet op realisatie van een subjectief recht gericht zijn, maar waarbij de strijd niettemin gaat over het bestaan van een subjectief recht, gelijk ook bij die vorderingen, die op het niet-bestaan van een subjectief recht berusten. De actie van art. 1302 B. W. voert tot een geding, loopende over de vraag, of des eischers recht op praestatie door vervulling is tenietgegaan. Is hier nu de wanpraestatie specifiek of de vervulling rechtvernietigend? De vordering tot teruggave van hetgeen onverschuldigd is betaald onderstelt het niet-bestaan eener verbintenis. Beroept zich nu niet de gedaagde, die beweert, dat er wèl een schuld bestond, op een hem toekomend recht? Rust dus niet op hém de bewijslast ten aanzien der feiten, welke die schuld deden ontstaan?

Dat het beweren, dat men een recht heeft, niet de grond kan zijn, waarom men bewijzen moet, blijkt, behalve uit het voorafgaande ook nog hieruit, dat ook bij zuiver processueele geschillen, met name bij de aan het procesrecht ontleende excepties, als die van onbevoegdheid, en bij de incidenteele vordering van art. 152 W. v. B. R. de bewijslast van belang is. Hier is niet alleen niet sprake van een subjectief recht, maar betreft de bewijslast feiten, die met het materieele recht in geen verband staan; feiten, welke veelal in het negatieve kleed van processueele excepties gehuld, in werkelijkheid voorwaarden zijn voor het totstandkomen van het proces, beschouwd als rechtsbetrekking

---

voldoende aan alle materieel-rechtelijke vereischten, als specifiek feit te beschouwen, gaf het aanzijn aan een geheel, even netelig als overbodig leerstuk, dat van de gequalificeerde bekentenis (aveu qualifié, qualifizirtes Geständniss).

tusschen rechter en partijen. Met evenveel recht zou men ook deze feiten weer in positief- en negatief-werkende (processbegründende, processhindernde, processvernichtende Thatsachen) kunnen indeelen. [1])

In elk geval is de rechtsbetrekking, door het proces tusschen rechter en partijen gevestigd, een geheel zelfstandige, van het materieele privaatrecht onafhankelijke; voor haar ontstaan gelden bijzondere feitelijke vereischten [2]), welke ingeval van betwisting voorwerp van bewijs kunnen worden en zoo aanleiding kunnen geven tot een verdeeling van den bewijslast. Het materieelrechtelijk karakter van den bewijslast is hier geheel zoek geraakt.

Daarenboven is, zelfs waar het de handhaving geldt van subjectieve privaatrechten, de onderscheiding der feiten in positief- en negatief-werkende louter van processueel belang. Onder welke voorwaarden een subjectief recht ontstaat of tenietgaat, is zeker een vraag van materieel recht, niet echter de vraag, hoevele van die voorwaarden moeten worden bewezen, opdat het ontstaan of tenietgaan van het recht kan worden aangenomen. Voorwaarde voor het ontstaan van het recht des koopers op levering der verkochte zaak, is behalve de wilsovereenstemming der contractanten, ook nog het in den handel zijn der zaak en de bevoegdheid der partijen. Waarom zijn nu deze omstandigheden tot staving der vordering niet noodig, doch als negatieve vereischten te beschouwen, zoodat de verkooper het buiten

---

[1]) Zie hierover Bülow, Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, p. 5 v. v.

[2]) Zoo is bijv. de bevoegdheid des rechters noodig, opdat over de materieele rechtsbetrekking vonnis worde gewezen; ontbreekt zij, dan kan de eigenlijke rechtsvordering geen voorwerp van onderzoek uitmaken. Von Canstein, Lehrb. p. 13 spreekt van „Voraussetzungen der Urtheilsfällung”.

den handel zijn der zaak, zijne onbevoegdheid zal hebben aan te toonen? Uit een oogpunt van materieel recht bestaat er geen verschil tusschen specifieke feiten en het tegendeel der negatief-werkende. Voor het bestaan van een recht is evengoed de aanwezigheid der eerste als het ontbreken der laatste vereischt; dat alleen de eerste behoeven vast te staan voor de erkenning van het recht door den rechter, kan alleen uit processueele beginselen volgen en dus ook alleen door het procesrecht worden verklaard. [1]).

§ 4.

Wanneer dus niet slechts bij op een subjectief privaatrecht steunende acties bewijslast bestaat, maar ook bij alle andere, en bovendien bij feitelijke vragen van zuiver processueelen aard, is de gevolgtrekking onafwijsbaar, dat de grond voor het bestaan van bewijslast in iets anders ligt, dan in de omstandigheid, dat men beweert een subjectief recht te hebben. Het meest voor de hand liggend is nog deze stelling: onverschillig of men verlangt erkenning van een subjectief recht dan wel eenige andere rechterlijke beslissing, steeds moet men de feiten bewijzen, op grond waarvan men wenscht uitspraak gedaan te zien, want alleen met feiten, die hem gebleken zijn, kan door den rechter rekening worden gehouden [2]). Geen door eischer of gedaagde voor zich ingeroepen rechtsgevolg kan in rechte worden erkend, tenzij het werkelijk gebeurd zijn der feiten, waarvan dat gevolg afhankelijk is, den rechter door het

[1]) WACH, Handb. I, p. 125, noot 6.

[2]) vg. art. 3305, Ontw. 1820: Geene regtsvordering, op eenige daad of voorgevallene zaak steunende, kan worden toegekend, indien niet vooral deze daad of zaak behoorlijk bewezen zij, of anders voor bewezen gehouden worde.

gevoerde geding voldoende aannemelijk zij geworden [1]). Maar waarom dan niet *álle* feiten, doch enkel de ontstaansfeiten, en van deze slechts de specifieke? [2])

De oplossing kan slechts worden gevonden, wanneer men het subjectieve standpunt, waarop men zich stelt, verlaat, en inplaats *naar de vordering des eischers*, het oog wendt *naar de beslissing des rechters*. De bewijslast onderstelt het gevraagd worden van een rechterlijke uitspraak en deze weder het vaststaan van bepaalde feiten.

Wanneer men spreekt van feiten, die een recht doen ontstaan of tenietgaan [3]), dan vergeet men licht, dat het eigenlijk niet de feiten zijn, die een rechtsgevolg teweegbrengen, maar dat *de wet* de scheppende factor is van ieder rechtsgevolg. De wet verbindt aan bepaalde feiten een zekere rechtswerking, die feiten hebben daarbij geene andere beteekenis dan die van *voorwaarden*, door een rechtsvoorschrift voor het intreden van het gevolg gesteld. [4]) [5]).

---

[1]) vg. MOLTZER, p. 523.

[2]) Dat de grond van den bewijslast niet verklaard wordt door het opstellen van allerlei willekeurige vermoedens [voor de rechtmatigheid van den status quo; MARCADÉ p. 1 v.v.; parce qu'en général ceux qui possèdent ont aussi la propriété de la chose; parce que la liberté est la condition générale des hommes: l'un n'est lié à l'égard des autres que par exception; LAURENT No. 91], zal wel geen betoog behoeven.

[3]) Men noemt die feiten dan „*rechtsfeiten*" (juristische Thatsachen, vgl. GOUDSMIT I p. 107, VON SAVIGNY, System, III p. 3). Dit is in overeenstemming met het begrip van actie als eigenschap of functie van het subjectieve recht. Men meene nu echter niet, dat die beperkte opvatting voldoende is, wanneer men zegt, dat *rechtsfeiten* voorwerp van bewijs zijn (FAURE IV[1], p. 14, LAND III[2] p. 361 noot 2). Overspel, huwelijksbeletselen, e. a., vallen er bijv. reeds buiten, en zijn toch zeker eventueel ook voorwerp van bewijs.

[4]) WINDSCHEID I, § 63 en § 68 noot 1, vg. MARTINIUS, p. 29: „Also die Thatsachen sind die Bedingungen der Anwendbarkeit der Rechtssätze". Eenigszins anders CÜPPERS, p. 63 noot.

[5]) Het is dus niet juist te zeggen, dat eenig recht ontstaat *òf*

Des rechters beslissing nu is toepassing van de wet, meer bijzonder toepassing van den rechtsregel, die aan de aan zijn oordeel onderworpen feiten rechtsgevolgen verbindt.

Dit erkent ook FAURE [1]), wanneer hij schrijft, dat tot den processueelen grondslag der actie in onmiddellijken samenhang met het feitelijke, ook nog het rechtelijk element behoort, n.l. een rechtsvoorschrift, dat tot de aangevoerde feiten in verhouding moet staan als de major in een syllogismus tot de minor. „Het beweerde recht moet daaruit met logische gevolgtrekking voortvloeien als de conclusie bij den syllogismus uit de premissen."

Maar de rechter past niet alleen rechtsvoorschriften toe, wanneer partijen of ééne van haar beweren een recht te hebben. Hij doet dit zeer zeker ook dàn bijv. wanneer hij een revindicatie toewijst, maar niet minder, wanneer hij een huwelijk of overeenkomst ontbindt of nietig verklaart, en evenzeer wanneer hij den eischer-vreemdeling tot zekerheidsstelling voor de kosten veroordeelt. Iedere rechterlijke uitspraak, behalve natuurlijk die, waarbij de vordering wordt ontzegd op grond van het niet-vaststaan der gestelde feiten, is toepassing van een rechtsvoorschrift.

Een rechtsvoorschrift nu is een hypothetisch oordeel.

---

door den wil van een persoon òf uit de wet. Men plaatst dan twee ongelijkwaardige begrippen naast elkaar, steeds is het de wet, die de gevolgen doet intreden en steeds is daarvoor een rechtsfeit voorwaarde. Uit dat oogpunt te veroordeelen zijn bijv. de artt. 672, 806 en 1269 B.W., vg. OPZOOMER, V, pag. 20 v.v., FITTING, p. 44; BÜLOW, Archiv, Band 64, p. 83 v.v.

„Die logisch spreken wil, behoort tegenover het contract, dat niets meer is dan een feitelijke grond voor het ontstaan eener verbintenis, niet de wet te stellen, maar een even feitelijken grond van ontstaan, de eigenaardigheid der betrekking tusschen twee personen . . . ." (OPZOOMER, op art. 1269).

[1]) I, p. 305, 306; II, p. 15 v, 204 v. v.

Het verbindt in abstracto rechtsgevolgen aan bepaalde feiten; die rechtsgevolgen zijn ingetreden, zoodra die feiten (rechtsfeiten, feitelijke bestanddeelen van het rechtsvoorschrift) in concreto hebben plaats gehad. Hiervan — van dat werkelijk gebeurd zijn der feiten, waaraan het voorschrift gevolgen verbindt — moet de rechter positief overtuigd zijn: toepassing van een rechtsvoorschrift is slechts mogelijk, wanneer zijne feitelijke bestanddeelen vaststaan.

Een toewijzend vonnis is dus steeds toepassing van een rechtsvoorschrift op de vaststaande feiten; deze als minor, het rechtsvoorschrift als major vormen de premissen voor de conclusie, de beslissing des rechters. „De feiten staan met het rechtspunt tot de beslissing in het vonnis in dezelfde verhouding als middelen tot conclusie (strekking tot voorwerp) bij eisch en antwoord." [1]) Geen wonder, want bij het vonnis wordt de rechtsregel, door de partij ingeroepen, ook werkelijk toegepast, het in hare conclusie liggend syllogisme door den rechter tot het zijne gemaakt en van bloote bewering tot juridische waarheid verheven.

Partijen, allereerst de eischer natuurlijk, verlangen toepassing van rechtsvoorschriften. De rechter kan aan dit verlangen slechts gevolg geven — het werkelijk bestaan van het ingeroepen voorschrift aangenomen — wanneer de feiten, die bestanddeelen zijn van het voorschrift, vaststaan; immers toepassing van een rechtsvoorschrift (gelijk: erkenning der daardoor aan bepaalde feiten verbonden gevolgen) onderstelt het vaststaan dier feiten.

De uitleener, die het geleende terugvordert, verlangt toepassing van art. 1800; de eigenaar, die revindiceert, van

---

[1]) FAURE, II p. 204.

art. 629 B. W.; de gedaagde, die zekerheidsstelling vordert, van art. 152 Rv. Wanneer de rechter nu, zal hij het ingeroepen voorschrift kunnen toepassen, de overtuiging moet hebben bekomen van het werkelijk-gebeurd-zijn der voor die toepassing vereischte feiten, dan blijkt daaruit ten duidelijkste het belang, dat het vaststaan dier feiten hebben moet voor de partij, die het voorschrift inriep. Deze partij immers — stellen wij: de eischer — verlangt iets, doet een verzoek, welks inwilliging alleen geschieden kan, indien deze feiten zijn geconstateerd, en welks afwijzing dus noodzakelijk is, indien dat niet het geval is. Zij loopt de kans, het proces te verliezen, indien de waarheid niet blijkt van de feiten, waaraan het beweerde rechtsgevolg door het ingeroepen voorschrift verbonden wordt. Het twijfelachtig blijven dezer feiten [1]) heeft tot onvermijdelijk gevolg, dat dit voorschrift buiten toepassing moet blijven en brengt derhalve hare in-het-ongelijkstelling mede.

Toewijzing eener actie tot teruggave van geleend geld staat gelijk met toepassing van art. 1800 B. W., en onderstelt dus, dat de rechtsfeiten, waaraan die bepaling een gevolg verbindt, vaststaan, m.a.w. dat gebleken is, dat het gevorderde werkelijk ter leen is ontvangen. Blijkt dit niet, dan wordt de eisch ontzegd: met het vaststaan der verbruikleening is dus voor den eischer het risico van het verlies der procedure verbonden.

Dit risico nu, dat dus een gevolg is van de noodzakelijkheid van het vaststaan der feitelijke bestanddeelen van een rechtsvoorschrift voor de toepassing daarvan, is de grondslag van den bewijslast. Van het vaststaan

[1]) Dat hunne onjuistheid gebleken is, is niet noodig; twijfel is reeds voldoende om de toepassing van het rechtsvoorschrift onmogelijk te maken.

dier feiten is voor de partij, die zich op het voorschrift beriep, de gunstige uitslag van het proces afhankelijk, haar belang is bij dat vaststaan dus ten nauwste betrokken. Wat is nu meer natuurlijk, dan dat ook op haar de bewijslast rust, en dat zij, indien de juistheid dier feiten door de tegenpartij wordt weersproken, den rechter van die juistheid zal trachten te doen blijken?

De bewijslast rust dus niet op hem, die beweert een recht te hebben, omdat die bewering niet aannemelijk is, indien de feiten, waarvan dat recht afhankelijk is, niet blijken, maar op hem, die zich op een rechtsvoorschrift beroept, en wel op grond van de noodzakelijkheid van het vaststaan der feitelijke bestanddeelen daarvan voor zijne toepassing.

Nu rijst hier echter een moeilijkheid. Het is onbetwistbaar, dat bewijslast rust op hem, die nietigverklaring van een huwelijk vordert, en op hem, die zekerheidsstelling verlangt, ook al beweren zij niet, een subjectief privaatrecht te hebben. De grond daarvan is, dat ook zij toepassing vragen van een rechtsvoorschrift. Maar toepassing van een rechtsvoorschrift wordt in iedere procedure gevraagd, ook in het straf- en in het administratief proces. Het Openbaar Ministerie verlangt de toepassing van het artikel der strafwet, waarbij het ten laste gelegde feit met straf wordt bedreigd, de werkman-verzekerde, die van een beslissing van het bestuur der Rijksverzekeringsbank in hooger beroep komt bij den Raad van beroep, toepassing van de bepaling der Ongevallenwet, krachtens welke hem schadeloosstelling toekomt. Voor de toepassing nu van voorschriften van straf- en administratief recht is natuurlijk óók het vaststaan hunner feitelijke bestanddeelen noodzakelijk, ook zij zijn hypothetische oordeelen, evenals de bepalingen van burgerlijk recht of burgerlijke rechtsvordering.

Dat de toepassing van een rechtsvoorschrift afhankelijk is van de feiten daarin vervat, geldt in ieder proces. In ieder proces loopt dus ook hij, die toepassing van een rechtsvoorschrift vraagt, het risico van het verlies der procedure, ingeval die feiten niet vaststaan. Want steeds is het mogelijk, dat een feit, dat misschien werkelijk geschied is, door den rechter niet als waar kan worden erkend bij gemis aan gronden, waarop hij de waarheid van dat feit mag of moet aannemen. De gebrekkigheid van het menschelijk inzicht leidt er toe, dat vaak feiten, die hebben plaats gevonden, twijfelachtig blijven. De rechter kan die feiten dan niet in aanmerking nemen en de toepassing van het rechtsvoorschrift blijft achterwege. Op denzelfden grond derhalve, waarop in het civiele proces de crediteur, die tot teruggave van geleend geld ageert, afgewezen wordt, wanneer niet blijkt van de in art. 1800 B. W. geëischte feiten, wordt in het strafproces de van diefstal beklaagde vrijgesproken, wanneer des rechters overtuiging ten aanzien van de wegneming eener hem niet toebehoorende zaak met het oogmerk van wederrechtelijke toeeigening niet gevestigd is (art. 310 W. v. S.); in het administratief proces den werkman-verzekerde zijn aanspraak op schadeloosstelling ontzegd, indien niet blijkt, dat het ongeval hem in verband met de uitoefening van het bedrijf is overkomen (art. 19 Ongevallenwet 1901).

Afwijzing, vrijspraak, ontzegging, niet-toepassing dus van het rechtsvoorschrift, waarop toewijzing resp. veroordeeling zou steunen, en wel op grond van het niet-vaststaan der vereischte feiten.

Wanneer nu het risico het proces te verliezen op grond van het niet-vaststaan van een feit, dat de basis vormt van den bewijslast, in ieder proces voorkomt, hoe is het dan te

verklaren, dat alleen in het burgerlijk geding van bewijslast wordt gesproken?

In het strafproces rust niet alleen op den beklaagde geen bewijslast, maar ook niet op het Openbaar Ministerie. Wel zal om te kunnen veroordeelen, het bewijs van datgene, wat is te laste gelegd, moeten geleverd zijn en nooit van den beklaagde kunnen worden gevorderd, dat hij zijn onschuld bewijze, maar waar de rechter ambtshalve bevoegd is voor de aanvulling van het ontbrekende bewijs zorg te dragen, kan van een splitsing van den bewijslast geen sprake zijn. [1])

En met evenveel klem verzekert ons de Memorie van Toelichting op de Beroepswet [2]); „De rechter zal . . . . onafhankelijk van de partijen, zijn taak, materieel-juiste uitspraken te doen in de aan zijne beoordeeling onderworpen twistgedingen, moeten kunnen vervullen. Voorzoover hij derhalve nadere opheldering omtrent de feiten, of wel voorlichting omtrent bepaalde punten verlangt, zal hij in staat moeten zijn, door oproeping van getuigen of het inwinnen van advies van deskundigen, zich op de vereischte wijze op de hoogte te stellen van datgene, wat hij noodig acht. O p d e p a r t ij e n r u s t g e e n e r l e i b e w ij s l a s t".

Deze uitspraak wijst ons er op, dat het dragen van bewijslast uit het karakter der rechtsvoorschriften a l l e e n niet kan worden verklaard, en dat de taak, die de rechter

---

[1]) SIMONS, Strafvordering (1901) p. 74; MODDERMAN, de Wettelijke bewijsleer in strafzaken, Utrecht, 1867, p. 56 v.; DE BOSCH KEMPER, III, p. 520; WACH, Beweislast, p. 3, Handbuch I, p. 126, vg. ook noot 29; GEYER, in HOLTZENDORFF's Handbuch des Deutschen Strafprozessrechts (Berlin 1879) II, p. 216 v.v. Anders FITTING, p. 1. De Engelsche schrijvers spreken ook in strafzaken van „burden of proof", BEST pag. 362 v.v., 366 („in the first instance on the prosecutor").

[2]) Handelingen Tweede Kamer 1900/1, BIJL. No. 236, p. 21.

in het proces te vervullen heeft, daarop niet zonder invloed is.

Om de beteekenis daarvan te onderzoeken, zal het noodig zijn, de rol van den rechter in de verschillende procedures aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

§ 5.

Geldt in ieder proces de regel, dat de partij, welker begeeren op het toepassen van een rechtsvoorschrift gericht is, de kans loopt wegens het niet-vaststaan der noodige rechtsfeiten in het ongelijk te worden gesteld, daaruit volgt volstrekt nog niet, dat in alle procedures dezelfde weg moet worden ingeslagen, om tot het vaststaan der feiten te geraken. De kans de procedure op den aangegeven grond te verliezen is gekeerd, wanneer de feiten zijn geconstateerd; daaruit vloeit wel het belang voort, dat de partij bij die constateering heeft, niet echter, dat dit belang in alle procedures dezelfde consequenties hebben moet. Die consequenties staan in nauw verband met de beginselen, volgens welke in de verschillende procedures de verzameling der feitelijke gegevens plaats grijpt en die ik thans zal trachten te ontwikkelen.

Het strafproces nu vertoont allereerst deze eigenaardigheid, *dat het initiatief tot de vervolging genomen wordt door het Openbaar Ministerie*, dat, als *orgaan van den Staat*, geroepen is, de handhaving van de strafwet te verzekeren en dus de strafvordering in te stellen [1]). De Staat heeft hier bij de bestraffing van gepleegd onrecht een zelfstandig belang,

---

[1]) SIMONS p. 8, 33 v.v. Over den ouden „processus accusatorius", DE BOSCH KEMPER, Inl. p. 18 v.v. In deze procedure gold noch de activiteit van den Staat (geen klager, geen rechter) noch die van den rechter. Zie ook BINNERTS, Hand. Jur. Ver. 1902 I, p. 2 v.v.

welks waarneming de taak is van zijne ambtenaren, onafhankelijk van het verlangen der benadeelde partij [1]). Deze heeft het recht bij gewone burgerlijke actie vergoeding van de haar toegebrachte schade te vorderen, of zich in het strafgeding te voegen (Sv. art. 3, 202 v.v.), indien zij haren eisch binnen zekere grenzen wil beperken, maar het oogmerk, dat zij daarmede tracht te bereiken, is een geheel ander dan dat, waarmede het O. M. tot het instellen eener strafactie overgaat, en de vraag, of de benadeelde gebruik maakt van zijn recht om vergoeding te vorderen van het hem toegebrachte nadeel, is van geen invloed op het recht van het O. M., om de belangen der maatschappij door een strafactie te beschermen [2]) (Sv. art. 5).

Zoodra de ambtenaar van het O. M. meent, dat het staatsbelang vervolging eischt [3]), is hij daartoe verplicht. Zoo dikwijls een recht tot strafvordering is ontstaan, moet de gerechtigheid haren loop hebben, onafhankelijk niet alleen van den wensch der beleedigde partij [4]), maar ook van het persoonlijk verlangen van het O. M., want de vervolging van gepleegd onrecht is niet een hem in zijn eigen belang toegekend recht, maar een in het staatsbelang gegeven bevoegdheid, die derhalve tegelijk een verplichting vormt. De ambtenaar van het O. M. is dan ook niet slechts gehou-

---

1) De Pinto, Handl. II, p. 15 v. en p. 32: „de zaak toch spreekt eigenlijk wel van zelve, dat het niet van de willekeur van een bijzonder persoon, noch ook van transactiën tusschen den misdadiger en de beleedigde partij kan afhangen, de maatschappij haar recht van vervolging te benemen”.

2) Simons, p. 62. In den Code d'Instr. Crim. (art. 145 en 182) kan de civiele partij kleine strafzaken aanvangen.

3) Over het opportuniteitsbeginsel van ons strafproces vg. Simons p. 37; de Pinto, Handl. II; p. 68 v. v.

4) Hetzelfde geldt bij de klachtdelicten, zoodra de klachte gedaan en de termijn tot intrekking verloopen is, Van Hamel, Inl. p. 462.

den de bevelen zijner superieuren (dus van de hooger geplaatste leden van het hierarchisch-geheel: „h é t Openbaar-Ministerie") op te volgen, die dezen hem met betrekking tot het doen van een onderzoek of tot vervolging kunnen geven (art. 28, 29 Sv., 54 Regl. I), maar hem kan zelfs door de Rechtbank of het college waarbij hij werkzaam is, een bindende last tot vervolging worden verstrekt (art. 33 Sv.; art. 73, 109 R. O.). De rechterlijke autoriteit, van wie het O. M. in principe geheel onafhankelijk is, grijpt hier dus in om mede te werken tot het niet ongestraft blijven van gepleegd onrecht.

Het initiatief tot het in gang brengen en het doorvoeren van het strafproces is dus geheel gelegd in handen van de ambtenaren van den Staat. Het O. M. vervolgt, de rechtbank beslist over de voortzetting der strafactie. De rechter is eveneens bij de straftoemeting geheel aan eigen inzicht overgelaten; indien hij meent dat een hoogere straf dan de geëischte moet worden opgelegd, het staat hem vrij; evenzoo mag hij veroordeelen, al requireert het O. M. vrijspraak, en vrijspreken, al vraagt de beklaagde een „lichtere straf", al naar gelang hij meent, dat door den beklaagde een strafbaar feit is gepleegd (art. 216, lid 1 Sv.) dan wel dat dit niet het geval is [1]).

Zoowel dus het instellen der strafactie als de omvang der veroordeeling staat ter beoordeeling van staatsambtenaren als zoodanig, het eerste van het O. M., het tweede van den rechter. Dezen regel, die de basis vormt van het moderne strafproces, zou men kunnen noemen: het beginsel der activiteit van den staat (Offizialprinzip), ter onderscheiding van het zgn. inquisitoire beginsel, dat men met den term „activiteit van den rechter"

---

[1]) De Bosch Kemper. I, p. 37.

zou kunnen weergeven. De activiteit van den Staat in het strafproces is een gevolg van de omstandigheid, dat noch de beleedigde partij, noch het O. M. het recht van beschikking hebben over het onderwerp van den strijd; de eerste kan het aanhangig maken der zaak noch beletten, noch daartoe noodzaken, de laatste kan de bevoegdheid des rechters, wiens tusschenkomst hij inriep, om het geding ten einde te brengen, niet wegnemen noch door zijn requisitoir de beslissing bepalen.

Naast deze activiteit van den Staat (Offizialprinzip) die de vervolging van strafbare feiten en de doorzetting der strafactie aan private willekeur ontrekt, staat het inquisitoire beginsel, (Untersuchungsmaxime) dat *den rechter*, die eenmaal van de zaak is gesaisisseerd, *de vrijheid geeft zelve* DE BENOODIGDE FEITELIJKE GEGEVENS te *verzamelen*, zonder dat hij bij uitsluiting behoeft te letten op de bewijzen, door het O. M. en den beklaagde geproduceerd [1]).

Dat dit twee afzonderlijke beginselen zijn, volgt hieruit, dat in het gewone burgerlijk geding de activiteit van den Staat door den aard van dat geding is uitgesloten, terwijl het inquisitoire beginsel daarin zeer goed zou kunnen gelden. Verder hieruit, dat in het strafproces de rechter zeer wel tot de door partijen geleverde bewijzen zou kunnen beperkt zijn; zoo is bijv. de Engelsche rechter ten aanzien van de zgn. „cross-examination" geheel lijdelijk en het hooren der getuigen geheel aan partijen overgelaten, maar de activiteit van den Staat geldt ook hier: als ambtshalve vervolger treedt op „the Counsel for the Crown" [2]).

Den strafrechter nu, die niet gebonden is aan wat O. M.

---

[1]) ROSENBERG, p. 22—34.

[2]) BINNERTS, Hand. Jur. Ver. 1902 dl. I, p. 14, 25; DE BOSCH KEMPER. Inl. p. 18 v. v.

en beklaagde van hem verlangen, moet doelmatigheidshalve ook de bevoegdheid worden toegekend de waarheid der feiten, die hem voor een rechtvaardige beslissing bekend moeten zijn, ambtshalve te onderzoeken. Ook ons Wetboek berust op dit beginsel [1].

Den rechter moet in zijn onderzoek de meest mogelijke vrijheid worden gelaten. „Het standpunt toch, waarop de rechter in strafzaken is geplaatst, brengt mede, niet dat de rechter, evenals in het bestaande stelsel van burgerlijke rechtspleging, de vordering van den eischer slechts heeft te toetsen aan de tot staving bijgebrachte bewijzen, maar dat hij integendeel zelf medewerkt tot bereiking van het doel der strafvordering: de ontdekking der materieele waarheid." Daartoe moeten hem de middelen worden verschaft, die hem tot juiste oordeelvelling kunnen leiden, opdat hij nooit verplicht worde recht te spreken na onvolledig onderzoek [2].

De kans zelfs mag niet bestaan, dat de rechter door het O. M. onvoldoende ingelicht, zonder volledige kennis van zaken zijn vonnis moet vellen, of niet acht kan slaan op ten gunste van den beklaagde pleitende omstandigheden, omdat deze of zijn verdediger ze hem niet voordroeg. Ware de rechter tot de feiten en bewijzen door partijen bijgebracht, beperkt, dan zouden dezen het gelukken of mislukken der strafactie in hunne hand hebben. En al is dat gevaar nu niet zoo heel groot, daar elke partij wel zorgen zal het te haren gunste pleitende in het geding aan te voeren, het beginsel, dat de materieele waarheid moet worden ontdekt, brengt de activiteit des rechters, zijne bevoegdheid tot zelf-

---

[1]) Zie de M. v. T. behoorende bij het Ontwerp tot herziening van het Wb. v. Sv. bij de PINTO, Het herziene Wetb. II p. 3 v.; en bij SMIDT, I, p. 444 (Algemeene opmerkingen over titel IV); vg. SIMONS, p. 74.

[2]) M. v. T., t. a. p.; vg. ook de BOSCH KEMPER, Inl. p. 5, 6; BIRKMEYER, p. 431; SIMONS, p. 56.

standig onderzoek naar de feiten en tot het zelfstandig aanwenden van bewijsmiddelen, als noodzakelijk gevolg mede.

In de Nederlandsche strafvordering gaan activiteit van den Staat — voortvloeiende uit den aard van het crimineel proces — en inquisitoir beginsel — om doelmatigheidsredenen met het vorige principe verbonden — hand in hand.

Dit inquisitoire beginsel (Untersuchungsmaxime) ligt o. a. ten grondslag aan de artt. 190, 193, 212 en 213 Sv., krachtens welke de rechter ambtshalve de oproeping van nadere getuigen of deskundigen en zelfs het voeren eener nadere instructie kan bevelen, een en ander ook nadat het onderzoek reeds was gesloten en de uitspraak reeds bepaald, alles om zich meerdere bouwstoffen tot een juiste oordeelvelling te verschaffen. [1]) De deurwaarder of dienaar der openbare macht kan zoo noodig worden gelast de getuigen of deskundigen, welker oproeping is bevolen, dadelijk ter terechtzitting mede te brengen.

Behalve de reeds gemelde beide beginselen, dat de instelling der strafactie van staatswege geschiedt en dat de uitgebreidheid van 's rechters onderzoek naar de feiten niet door partijen bepaald wordt, komt nu in onze Strafvordering nog een derde denkbeeld tot uiting, n.l. dat in het belang van een zoo volledig mogelijke reconstrueering van het voorgevallene *twee partijen* moeten worden geschapen, van welke ieder door haar eigen belang wordt gedrongen den rechter op de hoogte te stellen van alle omstandigheden, die te haren gunste en tegen hare wederpartij spreken. Uit den strijd tusschen tegenovergestelde belangen komt meestal de materieele waarheid het zuiverst aan het licht. Het enkele feit, dat het inquisitoire beginsel in onze strafvordering gehuldigd is, laat de vraag nog open, of de beklaagde en het O. M. alleen

---

1) Smidt I, p. 445.

fungeeren als *voorwerp van onderzoek* resp. als aanbrenger der zaak, dan wel of zij, als *partijen*, als *proces-subjecten* ook geroepen zijn den rechter *zooveel mogelijk omtrent de feiten*, die zij meenen, dat hem behooren bekend te zijn, *voor te lichten*. Men kan deze tegenstelling formuleeren in de vraag: is het strafproces in inquisitoiren of in accusatoiren (contradictoiren) VORM ingericht?
Het eerste was bijv. het geval in het zgn. „extraordinaire proces", dat zich in de 14e en 15e eeuw onder den invloed van het canonieke recht ontwikkelde, toen het publiekrechterlijke beginsel in het strafrecht op den voorgrond trad [1]). Immers „de grondtrekken van dezen procesvorm waren geheime en schriftelijke behandeling en de opvatting, dat de beklaagde zelf als het middel moest worden gebruikt om de waarheid vast te stellen".

Nog heden is het vooronderzoek op deze wijze ingericht; de verdachte is niet partij, maar voorwerp van 's rechters onderzoek en volslagen rechteloos.

Zoodra echter de behandeling ter openbare terechtzitting is aangevangen, verandert het onderzoek van karakter en wordt het in hoofdzaak meer een *strijd tusschen partijen* [2]), welke een zelfstandige rol spelen en ook op den gang van het proces grooten invloed kunnen uitoefenen. Het O. M. treedt op als ambtshalve vervolger, als vertegenwoordiger der Staatsgemeenschap met de verdediging harer belangen

---

1) SIMONS, p. 6 v.; DE BOSCH KEMPER, Inl. p. 21; ook in de ordonnance van LOD. XIV (1670) was de inquisitoire VORM aangenomen (BINNERTS, p. 4 v.v.). Men lette er op, dat wanneer onze schrijvers spreken van inquisitoiren „vorm", „elementen", „tint" enz., daarmede soms bedoeld is, dat een staatsambtenaar vervolgt (activiteit van den staat), soms, dat de rechter de feiten vrijelijk opsporen kan (inquisitoir beginsel, activiteit van den rechter), soms dat de beklaagde slechts voorwerp van onderzoek is (inquisitoire VORM).

2) SIMONS, p. 38, 45, 56; BINNERTS, p. 25.

belast, en staat als zoodanig tegenover den beklaagde. Wel moet hij daarbij niet éénzijdig te werk gaan, doof blijvende voor hetgeen ten gunste van den beklaagde mocht spreken [1]), maar op hem rust toch allereerst de taak te zorgen, dat na overtreding der strafwet ook de straf kan worden opgelegd en dus: dat de feiten voldoende tot klaarheid worden gebracht. Hij is partij, niet als een eischer in burgerlijke zaken, zelfs niet in gelijken zin, als wanneer hij zelve als hoofdpartij voor den burgerlijken rechter de toepassing der wet vordert, maar toch als zelfstandig processubject.

Evenzeer is het partijstandpunt van den beklaagde erkend, en komen hem in hoofdzaak gelijke rechten toe als aan het O. M. Wat de officier vorderen kan, mag de beklaagde verzoeken, zoo bijv. schorsing (art. 157), verandering der orde van het getuigenverhoor en confronteering van getuigen (art. 160, 172), oproeping van nog niet gehoorde getuigen (art. 190), bevel tot instructie of aanvulling eener gevoerde instructie (art. 193). Weigering of verzuim om te beslissen over eene vordering van den officier of een verzoek van den beklaagde heeft nietigheid tengevolge (art. 200). Verder heeft de beklaagde de bevoegdheid zelve getuigen en deskundigen te dagvaarden (art. 146) of het verhoor van niet-gedagvaarde, doch op de zitting tegenwoordige getuigen te verzoeken, en kan hij zelf of door tusschenkomst van zijn raadsman aan getuigen of deskundigen vragen doen stellen of zich tegen een door het O. M. gedane vraag verzetten (art. 169, al. 3 en 4). Ook de beklaagde heeft dus de gelegenheid (waarvan zijn zucht tot zelfbehoud hem wel nopen zal gebruik te maken) te waken, dat geene voor hem gunstige momenten den rechter onbekend blijven.

---

[1]) Vg. art. 419 Sv.

Met het beginsel der activiteit van den rechter, dat wij inquisitoir beginsel noemen, is dus in ons strafproces de accusatoire vorm vereenigd. Naast den rechter worden nog andere personen als proces-subjecten (partijen) erkend, die op den loop der procedure en de verzameling der feitelijke bouwstoffen voor het vonnis kunnen invloed hebben. Wel is de rechter niet aan de door partijen gestelde feiten en geleverde bewijzen gebonden (inquisitoir beginsel), maar de tegenstrijdigheid van de ambtstaak van het O. M. en het eigenbelang des beklaagden waarborgt, dat zoowel alle bezwarende als alle verlichtende omstandigheden, als gevolg van de gezamenlijke werkzaamheid der partijen, ter kennis van den rechter worden gebracht. De taak van dezen laatste wordt daardoor aanmerkelijk verlicht, en het opsporen der materieele waarheid eerder bereikbaar. De partijen zijn veelal bij de zaak, waarover het proces loopt, nauwer betrokken dan hij en dan ook het best in staat tot het bijeenbrengen van het vereischte feiten-materiaal mede te werken, zoodat de rechter slechts heeft aan te vullen, te schiften en te verduidelijken [1]). Het inquisitoire beginsel blijft daardoor ongeschonden, het aannemen van den accusatoiren vorm heeft juist een heilzame verdeeling van arbeid tusschen rechter en partijen tengevolge en geeft den eersten een krachtigen steun bij de vervulling van zijn taak. De partijen, die dien steun geven, jagen daarbij subjectieve doeleinden na [2]), de wet echter geeft haar de rol van partij slechts uit een objectief gezichtspunt: omdat zij meent, op die wijze het doel der strafvordering beter te kunnen bereiken.

---

1) Birkmeyer, p. 192.

2) Ten aanzien van het O. M. is dit cum grano salis te verstaan.

§ 6.

Het aanleggen van het geding van staatswege, vrijheid van den rechter in zijn onderzoek naar de feiten, medewerking daartoe door als proces-subject erkende partijen — ziedaar de beginselen, welke het strafproces beheerschen, en die in het algemeen ook voor de administratieve procedure gelden.

Als voorbeeld diene het twistgeding, dat ontstaat door het instellen van beroep tegen eene beslissing van het bestuur der Rijksverzekeringsbank, waartegen ingevolge de bepalingen der Ongevallenwet beroep openstaat. In dat geding vormen dat bestuur en ieder die beroep heeft ingesteld, de partijen (art. 52 j°. art. 1 Beroepswet). Beroep zal hier wel allereerst geschieden door den belanghebbende, maar kan onafhankelijk van dezen, ook door de plaatselijke commissiën, bedoeld bij art. 86 der Ongevallenwet, worden ingesteld (activiteit van den Staat). De Staat heeft bij de materieel-juiste toepassing van de bepalingen der Ongevallenwet een zelfstandig belang; er moet dus een waarborg bestaan tegen onjuiste berekeningen van schadeloosstellingen van de zijde der Bank. Er moet een onafhankelijk lichaam bestaan, dat zoowel waar het belangen van de werkgevers als van de werklieden betreft, kan optreden, al leggen belanghebbenden zich om de een of andere reden bij de beslissing der Bank neer [1]).

Het ingestelde beroep wordt in eersten aanleg behandeld voor de raden van beroep en het zoo ontstane geding wordt beheerscht door het inquisitoire beginsel (activiteit van den rechter) [2]).

---

[1]) Hand. Tw. Kamer 1899/1900, Bijl. n°. 207, 3 (M. v. T., derde Ontw. op art. 80 en 81).

[2]) „Aangezien het hier te doen is om de toepassing van het recht van den Staat, zal het in tal van gevallen volstrekt noodig zijn, dat de rechter meer actief optrede, zelf eene soort enquête instelle. . . " Buys, Hand. Jur. Ver. 1891, II, p. 197; vooral 1891, I p. 73 v.

Daaruit vloeit dus voort, dat de Raad van Beroep bij zijn onderzoek naar de feiten, onafhankelijk van partijen, de waarheid mag en moet zoeken; zoo kan bijv. de Voorzitter van den Raad, indien naar zijn oordeel de feiten door de gewisselde stukken nog niet voldoende tot klaarheid zijn gebracht, of de voor het nemen van eene beslissing noodige feitelijke gegevens in de stukken niet zijn bijeengebracht, alvorens den dag voor de behandeling ter terechtzitting vast te stellen, een voorbereidend onderzoek gelasten; zoo heeft de Raad van Beroep de bevoegdheid nog tijdens de behandeling in raadkamer te bevelen, dat op een aangewezen terechtzitting het onderzoek zal worden hervat, indien dit blijkt niet volledig te zijn geweest, met aanwijzing van de getuigen of deskundigen, wier verhoor, en van de bescheiden, welker behandeling ter terechtzitting door den Raad noodig wordt geacht (artikel 93 en 111 Beroepswet, vg. art. 212 W. v. Sv.) [1]. De Raad is, dus bij het nasporen der feiten niet beperkt tot de door partijen aangevoerde, doch wordt daarbij door de partijen ondersteund [2]. Dezen hebben niet alleen verschillende processueele bevoegdheden, maar werken ook zelve tot de ontdekking der waarheid mede. Zij hebben het recht getuigen en deskundigen ter terechtzitting mede te brengen, of hen op te roepen om aldaar te verschijnen. Evenals ons strafproces met het inquisitoire beginsel den accusatoiren (contradictoiren) vorm vereenigt, zoo vinden wij ook hier een geding berustende op het inquisitoir beginsel, doch op contradictoiren leest

---

[1]) Vg. Mr. FOKKER, „de Wet van den 2den Jan. 1901, Stb. No. 1", deel II, 1ste stuk, p. 32 nº. 18.

[2]) M. v. T.: „Door op deze wijze verschillende partijen in deze procedure toe te laten, is eene contradictoire behandeling der zaak mogelijk gemaakt, en aldus den rechter een belangrijk hulpmiddel verschaft bij het vervullen zijner moeilijke taak".

geschoeid (geding in contradictoiren vorm)[1] [2]. „De rechter is leidend, niet lijdelijk, hij treedt onafhankelijk van partijen op, indien hij dit noodig acht. De Memorie van Toelichting stelt op den voorgrond, dat de rol van den rechter onderscheiden moet zijn van die des rechters in civiele twistgedingen, zij laat daarop volgen: Een objectief juiste toepassing van het publieke recht toch is een zaak van openbaar belang. De rechter geroepen, door zijn uitspraken dat recht te handhaven zal derhalve er naar moeten streven, materieel-juiste uitspraken te doen. Utiliteitshalve, gelijk boven werd aangeduid, mogen ook voor deze twistgedingen partijen in het leven geroepen worden, deze vervolgen niet rechten, waarover zij de vrije beschikking hebben, maar zij dienen alleen om den rechter beter in de gelegenheid te stellen de materieele waarheid te ontdekken. Om den rechter daartoe in staat te stellen, moeten hem voorts de middelen worden verschaft om de waarheid te ontdekken, onafhankelijk van de als partijen optredenden, en zelfs ondanks dezen" [3]. De eisch eener materieel-juiste uitspraak belet de partijen relevante feiten achter te houden en verplicht den rechter zonder op het zwijgen der partijen acht

---

[1]) „Contradictoire vorm" voor administratief en burgerlijk proces, gelijkbeduidend met „accusatoire vorm" voor het strafproces.

[2]) M. v. T.: „Zal van een deugdelijke rechtspraak sprake kunnen zijn, dan moet zorg worden gedragen, dat den rechter casu quo de zaak wordt voorgedragen ook van een ander standpunt, dan veelal degene, die tot het inroepen van de beslissing van den rechter het initiatief heeft genomen, zal innemen. Dit kan bereikt worden door in de procedure ook anderen te doen optreden in de rol van partij...."

[3]) Hand. Tweede Kamer, 1900—1901, Bijl. No. 236; Fokker, t. a. p.; Roelants, „de Beroepswet" (Groningen 1903), inleiding.

te geven, alle voor zijne beslissing van belang zijnde feiten zelve op te sporen, en dat, wat hem door zijn zelfstandig onderzoek bekend is geworden, bij zijn uitspraak te gebruiken [1]).

De verzameling der feitelijke gegevens voor de uitspraak geschiedt dus hier volgens dezelfde beginselen als in het strafproces.

§ 7.

Een scherpe tegenstelling met de beide vorige procedures, die op inquisitoiren grondslag berusten, vormt het burgerlijk proces: immers tot de zgn. hoofdbeginselen der burgerlijke rechtspraak behoort de lijdelijkheid des rechters [2]) (Verhandlungsmaxime).

De Staatscommissie leert [3]), dat de lijdelijkheid des rechters het gevolg is van den aard van het burgerlijk proces, waar de strijd loopt over rechten of belangen, die ter vrije beschikking van de partijen staan [4]). De aard dezer burgerlijke rechten brengt mede, dat én het initiatief tot de handhaving daarvan door den gerechtigde genomen wordt, én dat de rechter alleen die feiten onderzoekt, welke partijen aan zijn oordeel onderwerpen. De lijdelijkheid des rechters bestaat dus in de afhankelijkheid des rechters van het initiatief des gerechtigden en de beperking van zijn onderzoek tot de gestelde feiten. Aldus ook

---

1) BIRKMEYER, p. 187.

2) FAURE, I, p. 110 v.v.

3) Ontw. St.C. M. v. T., p. 41.

4) FAURE t. a. p., en Hand. Jur. Ver. 1891 II, p. 10; BUYS, t. a. p.; PIJNAPPEL, Hand. Jur. Ver. 1891, I, p. 136, 141, v. v., 146.

Faure, Buys, Pijnappel, Wach [1]), Reinhold [2]), Betzinger [3]), Kisch [4]).

Men zal hier m. i. echter dienen te onderscheiden. De eigenaar, de schuldeischer heeft de vrije beschikking over zijn recht, hij kan de erkenning en handhaving van dat recht door den rechter vragen, indien hij dit wenscht, doch evenzeer mag hij dat nalaten, wanneer hij in het hem aangedane onrecht wenscht te berusten. Geen klager, geen rechter; de staat treedt niet op tot herstel van rechtskrenking, wanneer de gerechtigde de zaak laat liggen. Zooveel, maar ook niet meer, vloeit uit den aard der burgerlijke rechten voort. Dat daarnaast de rechter alleen acht slaat op feiten, welke door de partijen in het geding zijn gebracht, is eenvoudig een gevolg van de opvatting des wetgevers, dat in het civiele proces op deze wijze de in het belang eener deugdelijke rechtspraak doelmatigste weg wordt ingeslagen. De bevoegdheid om over een subjectief recht te mogen beschikken, brengt volstrekt nog niet noodzakelijk mede, dat de gerechtigde, die eenmaal tot het aanleggen van een geding is overgegaan, nu ook de uitgebreidheid van 's rechters onderzoek kan bepalen en hem zijne taak om de waarheid op te sporen kan afbakenen. Het is zeer wel mogelijk, dat de wetgever ook in het burgerlijk geding de vrijheid des rechters ten aanzien van den omvang van zijn onderzoek naar de feiten erkent, doch niettemin voor het

---

1) Vorträge, p. 40: „Kein Prozessbeginn ohne Partei-Antrag, keine Prozessfortsetzung wider Parteiwillen, keine Officialbeschaffung von Prozess-stoff".

2) Reinhold § 5.

3) Betzinger, § 6.

4) Z. f. C. P., dl. 30, p. 532: dat de partij den omvang van het feitenmateriaal bepaalt, is volgens Kisch als „selbstverständlich eingeschlossenes minus" in haar recht van beschikking begrepen.

ontstaan van een proces de dagvaarding van den gerechtigde blijft eischen. Dat hij daarmede verstandig handelt, zal ik niet beweren, maar aan de beschikkings-bevoegdheid des eischers over het hem toekomende recht doet hij niets te kort.

Het sprekendste bewijs hiervoor levert de geschiedenis zelve.

De „Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten" van FREDERIK DE GROOTE (1793) voerde voor het burgerlijk geding het inquisitoire beginsel in. De rechter was te gelijk bevoegd en verplicht zelfstandig de juistheid van de in het proces voorkomende feiten na te gaan, zijne werkzaamheid bij de instructie van het proces berustte op het beginsel, dat hij al wat in zijne macht stond moest aanwenden om de waarheid der relevante feiten langs den veiligsten en te gelijk naasten weg te onderzoeken en vast te stellen [1]). Wel moest hij zich daartoe in de eerste plaats tot de partijen wenden, welke dan ook verplicht waren de middelen aan te wijzen om de waarheid te ontdekken (contradictoire vorm), maar de rechter was aan de opgave der partijen niet gebonden en bezat de bevoegdheid ook andere dan de door

---

[1]) A. G. O. Einl. § 6. Der vom Staat geordnete Richter, welcher den Streit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandniss dieser Thatsachen zu versichern.

§ 7. Der Richter ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund der in einem Prozesse vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen, und so weit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen.

§ 10. Die Pflichten des Richters bei der Instruktion eines Prozesses beruhen also auf dem wesentlichen Grundsatze:

Dass er sich bemühen musse, die Wahrheit der dabei zum Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln.

partijen aangeduide middelen te gebruiken ten einde zich de noodige inlichting te verschaffen. [1]).

Daarnaast echter werd de vrije beschikking der partij over hare rechten uitdrukkelijk erkend (Th. I, tit. 10 § 285) en bestond de mogelijkheid van transactie (Th. I, tit 11) en van afstand van de instantie (Litisrenunciation, Th. I, tit. 20 § 21).

Wel een bewijs dus, dat voor het burgerlijk geding alleen dit uit den aard der private rechten voortvloeit, dat door de partij zelve steeds het initiatief tot handhaving moet worden genomen en dat ook na het aanleggen van het geding door haar bij wege van vergelijk of door afstand een einde daaraan kan worden gemaakt.

Omdat de gerechtigde „die freie Verfügung über den streitigen Gegenstand" [2]) heeft, gedraagt de Staat zich passief, wanneer hij zijn recht niet wil handhaven; geen orgaan van den Staat treedt op ter realisatie van burgerlijke rechten (lijdelijkheid van den Staat, Dispositionsprinzip).

Daarnaast is het nu zeer wel mogelijk, dat, eenmaal gedagvaard zijnde, het inquisitoir beginsel geldt. Doelmatigheidshalve is echter naar ons recht in het burgerlijk geding de rechter lijdelijk (lijdelijkheid van den rechter) d.w.z. in zijn onderzoek beperkt tot de door partijen gestelde en erkende of bewezen feiten. Ook in Pruisen werd het stelsel

---

[1]) § 16. Wenn eine erhebliche Thatsache geleugnet wird, so ist zwar vornehmlich derjenige Theil, welcher darauf sich gründet, schuldig, dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden könne.

§ 17. Der Richter ist jedoch an diese Angabe nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht, auch andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien, und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben, zur Erforschung der Wahrheit, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien, anzuwenden.

[2]) A. G. O., I, 10, § 285.

der Gerichtsordnung niet practisch bevonden en keerde men tot de Verhandlungsmaxime terug [1]).

Doch wetenschappelijk is alles, wat betrekking heeft op de vrije beschikking der partij over instelling en voortzetting der actie, streng te scheiden van de lijdelijkheid des rechters welke laatste alleen het onderzoek naar de feitelijke bouwstoffen voor het vonnis betreft en derhalve een geding onderstelt.

Geen uitvloeisel van de lijdelijkheid des rechters is dus: dat elk proces door een (ten verzoeke van den gerechtigde uitgebrachte) dagvaarding wordt aangelegd (art. 1 W. v. B. R.); dat de eischer bepalen kan in welken omvang hij zijn recht wil handhaven (art. 382, 2°.—4°. W. v. B. R.); dat hij door afstand van de instantie (mits voor het antwoord) of door minnelijke schikking een einde aan het proces kan maken (art. 19, 277 W. v. B. R.); dat partijen in een vonnis, waartegen beroep openstaat, kunnen berusten; dat de zaak op de rol wordt geroyeerd, wanneer de practizijns van beide partijen ten dienenden dage afwezig zijn (art. 42 Regl. I).

Dit alles volgt uit wat wij „lijdelijkheid van den Staat" noemden, dus uit den aard der burgerlijke rechten [2]).

De Staat heeft er alleen belang bij, dat hem, die het

---

1) De Reichscivilprozessordnung steunt eveneens op de lijdelijkheid des rechters, doch kent dezen een belangrijke mate van vrijheid toe in de leiding van het onderzoek („Prozessleitungsamt") vg. § 139 C. P. O. met art. 144 lid 2 Rv. Beoordeeling van dit stelsel in het praeadvies van Mr. Karsten, Hand. Jur. Ver. 1891, I p. 5 v. v.

2) Uitzonderingen hierop zijn dus de gevallen, waarin een burgerlijke actie door een Staatsorgaan wordt ingesteld: art. 141 e. v., 438, 489 B. W. en art. 374 A lid 2 B. W. (volgens de wet van 6 Feb. 1901 Stb. No. 62), art. 1 lid 2 Faill. wet, art. 10 Wet van 22 April 1855 Stb. No. 32. Deze laatste actie is echter volgens het arr. H. R. 28 Juli 1903 W. 7941 een strafactie.

verlangt, de gelegenheid open sta om zijn aanspraken te doen gelden. [1])

Daarnevens geldt nu in onze rechtsvordering de lijdelijkheid van den rechter.

Wanneer de gerechtigde tot het aanleggen van een geding overgaat, dan moet hij in het exploit van dagvaarding de feiten stellen, waarop zijn vordering steunt. De gedaagde zal bij zijn antwoord daartegenover nieuwe omstandigheden knnnen aanvoeren en zoo verder. Uitsluitend de partijen nu bepalen den feitelijken grondslag van het vonnis en beslissen, welke omstandigheden wél, welke niet ter kennis van den rechter zullen komen. Dat daaruit noodzakelijk volgt, dat het geding ook in contradictoiren vorm is geregeld, is duidelijk. Doch ook in het proces der Pruisische A. G. O. was dit het geval; de contradictoire vorm is dus, ook in het burgerlijk proces, uiting van een zelfstandig principe. De rechter die lijdelijk is, mist de bevoegdheid ambtshalve nieuw feitelijk materiaal in het geding te brengen of ambtshalve de waarheid te onderzoeken van gestelde feiten, waarvoor geen bewijs is aangeboden (art. 48 Rv. e. contr.) Wel kan hij ook buiten partijen om een getuigenverhoor gelasten, indien hij zulks dienstig acht tot de beslissing der zaak (art. 103 lid 2, art. 199 lid 2 Rv.), maar partijen kunnen dit bevel weder al of niet uitvoeren. Erkent de partij een haar nadeelig feit, dan is de rechter verplicht de waarheid daarvan aan te nemen zonder nog nader bewijs te mogen vorderen (art. 1962 B. W.)

De burgerlijke rechter behoort niet met partijen „mede te procedeeren". Niet slechts dat dit een verantwoordelijkheid op hem zou laden, die kwalijk past bij zijne taak, maar zijne onpartijdigheid of althans het vertrouwen in zijne

---

[1]) Dernburg I, p. 298.

onpartijdigheid zou ernstig gevaar loopen, tot schade van het prestige der rechterlijke macht. Partijen, van betrouwbare en kundige raadslieden voorzien, behoeven de hulp des rechters niet; zij zullen zelven waarlijk wel voldoende zorg dragen, den rechter alles voor te dragen wat te haren gunste pleiten kan. En doet eene partij dit niet, wenscht zij een haar gunstige omstandigheid buiten het geding te houden, dan schaadt zij daarmede alleen zich zelven: den rechter behoort dit volkomen onverschillig te zijn, zoolang het publiek belang niet eischt, dat de feitelijke toedracht volledig aan 'srechters oordeel worde onderworpen [1], en dit is in het burgerlijk geding — behoudens uitzonderingen [2] — niet het geval.

§ 8.

Welke zijn nu de consequenties van de verschil-

---

1) Tegen de lijdelijkheid: MENGER, die in zijn critiek op het Ontw. B. G. B. den lijdelijken rechter vergelijkt met een bedorven uurwerk, dat voortdurend heen en weer geschud moet worden om het weder voor een korten tijd te doen loopen. (Hand. Jur. Ver., 1891, II, p. 34). Hoe geestig ook, levert deze vergelijking toch zeker geen argument tegen de lijdelijkheid!

2) Vg. art. 810 W. v. B. R. Hier eischt het publiek belang, dat de bekentenis niet wordt misbruikt om onware feiten als waar te doen aannemen en het verbod van art. 241 l.l. B.W. (scheiding van goederen door onderlinge toestemming) te ontduiken. Zie ook nog art. 525 B.W., waar de rechtbank, alvorens het vermoeden van overlijden uit te spreken, getuigenverhoor bevelen kan en verplicht is op de beweegredenen der afwezigheid enz. te letten. Voor echtscheiding ontbreekt een overeenkomstig voorschrift. Vg. § 622, 640, 641, 653, 680, 685 C. P. O.: waar het de geldigheid eens huwelijks, de afstamming, de onder-curateele-stelling betreft, kan de rechter feiten, waarop de partij zich niet beroept, in aanmerking nemen en ambtshalve bewijs gelasten.

Art. 251 Ontw. tot herziening van het B. W., Eerste Boek (1886) geeft bij echtscheidingsprocessen den rechter de bevoegdheid om, indien de eisch niet wordt tegengesproken, nader bewijs van den eischer te vorderen.

punten tusschen de drie procedures voor het vraagstuk van den bewijslast?

Dat de vraag, of al dan niet van staatswege het initiatief tot het proces kan genomen worden, daarop geheel zonder invloed is, spreekt van zelve: immers deze vraag raakt de verzameling der feitelijke bouwstoffen voor het vonnis in het geheel niet, en de bewijslast heeft toch alleen hiermede te maken.

Wij hebben dus te onderzoeken welken invloed op het risico, dat elke partij draagt, die zich op een rechtsvoorschrift beroept, wordt uitgeoefend door de lijdelijkheid van den rechter, door het inquisitoire beginsel en door den contradictoiren resp. inquisitoiren vorm.

Vooraf zij het mij vergund nog even te herhalen, dat in iedere procedure de eischer toepassing van een rechtsvoorschrift verlangt en dus de kans loopt het proces te verliezen, indien de feitelijke elementen daarvan niet vaststaan. Die kans, dat risico is natuurlijk iets relatiefs, n.l. de in het aanhangige geding bestaande betrekking tusschen eene partij en een rechtsfeit, welke betrekking medebrengt, dat het vaststaan van dit feit onvoorwaardelijk noodzakelijk is voor een voor die partij gunstige beslissing. Daar dit risico in iedere procedure voorkomt, zoo is de vraag:

Wien treft het nadeel [1]), indien een zeker rechtsfeit niet kan worden geconstateerd?
van universeele beteekenis. Zij eischt beantwoording hoe ook de procedure is ingericht, hetzij inquisitoir, hetzij

---

[1]) Rosenberg spreekt hier van „Feststellungslast", Beckh van „materielle Beweislast" Afwijkend: Martinius, p. 8. Cüppers (p. 11 v., 63) spreekt ook van „Feststellungslast", doch als een zuiver objectief iets, afgescheiden van den persoon, die den „last" draagt. Zoo opgevat, is het begrip m. i. waardeloos. Niet geheel juist ook: Rosenberg, Archiv pag. 8.

met lijdelijkheid. De rol van den rechter heeft op dit punt geenerlei invloed; al werkt hij zelve tot de ontdekking der waarheid mede, steeds blijft het mogelijk, dat omtrent eenig feit ten slotte geene zekerheid is verkregen, en dan moet op de gestelde vraag niet slechts een antwoord worden gegeven, maar hangt van dat antwoord ook de uitslag van het proces af.

Daarentegen is de omvang van 's rechters taak van het hoogste gewicht, zoodra het gaat om de vraag, op welke gronden een feit als vaststaande kan worden aangenomen, dus: hoe het geschetste risico kan worden afgewend, hoe voorkomen kan worden, dat het zich in verlies van het proces omzet.

Want de gronden, waarop de rechter een feit als waar erkennen kan, zijn verschillend, naargelang hij lijdelijk is of niet. Evenzeer is de kracht dier gronden er vaak van afhankelijk, of de procedure op den grondslag van lijdelijkheid is opgetrokken.

Is de rechter lijdelijk, dan kan een feit als waar worden aangenomen:

1⁰. op grond van algemeene bekendheid (notoriëteit) [1],

2⁰. bij gemis aan tegenspraak [2], waaronder: niet-behoorlijke tegenspraak, en verstek (art. 76 Rv.)

3⁰. op grond van bewijs, d. w. z. op door partijen bijgebrachte gronden voor de waarheid van een feit. Bestaat die grond in een wettelijk vermoeden, de

---

[1] Zie Mr. L. S. G. DE HARTOG, „Notoire feiten" (Pr. 1899), p. 51 v.v.; FAURE, IV¹ p. 14 v. v.; STEIN, „das Private Wissen des Richters"; Ontw. St.C. art. 1904 en Reg. Ontw. art. 1903 (uitdrukkelijke erkenning der notoriëteit). DIEPHUIS (II, p. 298 v.) neemt naar geldend recht de kracht der notoriëteit niet aan.

[2] Dit volgt uit den eisch eener „met redenen omkleede conclusie" in art. 141 lid 1 Rv.

aflegging van een beslissenden eed, van een bekentenis [1]) of in de verklaring van een openbaar ambtenaar (authentieke akte), dan is de rechter zelfs verplicht de waarheid van het aldus bewezen feit aan te nemen.

Is nu een gesteld feit tegengesproken en niet-notoir, dan is in een door de lijdelijkheid beheerscht geding de partij, die zich op dat feit beroept, in de absolute noodzakelijkheid om bewijs te leveren, indien zij het proces niet verliezen wil. Zij draagt in dat geval den bewijslast. BEWIJSlast, omdat bewijs het eenige middel is om dan den rechter het feit als waar te doen aannemen, en bewijsLAST, omdat de partij zelve en zij alleen het is, wier werkzaamheid tot dat resultaat voeren kan. Rust dus op eene partij ten aanzien van een feit de eigenlijke bewijslast, dan wordt met dat feit in de beslissing geen rekening gehouden en verliest zij het proces, indien zij óf geen bewijs daarvan aanbiedt, óf dat bewijs niet levert, óf wanneer het geleverd bewijs door het tegenbewijs der wederpartij wordt ontzenuwd. In het laatste geval blijkt de aanvankelijk gewekte overtuiging des rechters aan het wankelen te zijn gebracht: hij neemt thans óf de onwaarheid van het feit aan, óf acht in elk geval het resultaat der geheele bewijsvoering niet voldoende om de waarheid van het feit aan te nemen. En dit laatste is toch noodig om op dat feit mede zijn beslissing te bouwen.

Zoodra echter één der door eischer gestelde feiten bijv. notoir is of niet behoorlijk wordt betwist, is alleen ten aanzien der andere, niet-notoire en behoorlijk betwiste, feiten van op hem rustenden bewijslast sprake. Wel kan men zeggen, dat het op den eischer ware nedergekomen, indien het

---

[1]) Naar ons recht bewijsmiddel, hoort de bekentenis toch eigenlijk onder nº. 2 thuis.

notoire of niet-betwiste feit twijfelachtig ware gebleven, zelfs: dat op hem de bewijslast zou hebben gerust, indien niet tengevolge der notoriëteit of niet-betwisting het gevaar, voor hem met het twijfelachtig blijven van dat feit verbonden, reeds ware afgewend; maar werkelijke bewijslast rust op hem ten aanzien van dat feit niet [1]. *De bewijslast is slechts een vorm waarin dat gevaar zich onder bepaalde omstandigheden voordoet.* Die omstandigheden zijn: *een geding, waarin de rechter lijdelijk blijft plus het betwist en niet-notoir zijn der feiten.*

Is daarentegen de procedure op het inquisitoire beginsel opgebouwd, dan geldt het gemis aan tegenspraak niet als grond voor de waarheid van eenig feit. Wél 1e de notoriëteit en 2e geleverd bewijs. Afgezien hiervan, dat geen enkele bewijsgrond hier den rechter tot het voor bewezen houden van een feit verplichten kan [2] — dat ware in strijd met den eisch van de ontdekking der materieele waarheid — is echter van door de partijen te leveren bewijs alleen sprake, indien naast het inquisitoire beginsel de contradictoire (accusatoire) vorm is aangenomen: anders werken partijen immers in het geheel niet tot het verzamelen der feitelijke gegevens mede. Daarnaast nu kan de waarheid van een feit blijken tengevolge van 3e zelfstandig onderzoek door den rechter ingesteld [3]. In een procedure met lijdelijkheid ware dit natuurlijk onmogelijk.

---

1) In dien zin reeds FAURE, IV² pag. 198 reg. 2 v. o.

2) Vdr. dat de eed en de wettelijke vermoedens uitgesloten zijn en de bekentenis geen volledig bewijs oplevert, (art. 404 j⁰. 391 W. v. Sv.).

3) VON CANSTEIN, Lehrb. p. 266 spreekt van „Informationsbehelf". Men vermijde vooral de spreekwijze: door den rechter geleverd „bewijs" of te zeggen, dat ook op den rechter bewijslast rust.

Heerscht nu in een geding het inquisitoire beginsel, dan kan van een eigenlijken bewijslast, zooals die in het civiele geding bestaat [1]), geen sprake zijn. Als gevolg van den contradictoiren vorm, die naast den rechter zelfstandige partijen erkent, geroepen om hem behulpzaam te zijn bij de ontdekking der waarheid, zien wij echter in de practijk, dat ook hier, evenals in het civiele proces, partijen den rechter alle feiten trachten te bewijzen, welke geschikt zijn een voor haar gunstigen invloed op zijne beslissing uit te oefenen. Maar de rechter is hier niet aan de werkzaamheid der partijen gebonden, hij is gerechtigd en verplicht, zoo dezen stilzitten, zelfstandig een onderzoek naar de waarheid te doen en de voor het nemen eener juiste beslissing noodige feitelijke gegevens te verzamelen. Partijen zijn het dus *niet alleen*, die hebben te zorgen, dat de feiten vaststaan, en voor zoover zij daarvoor zorg dragen, geschiedt dit, doordat de wet den prikkel van het eigenbelang, dat haar daartoe drijft, in dienst stelt van de ontdekking der materieele waarheid, en partijen op die wijze als helpers van den rechter doet fungeeren [2]). Ook al blijven zij werkeloos, toch kan een voor de beslissing belangrijk feit door den rechter onafhankelijk van partijen worden geconstateerd. Het nalaten of mislukken eener bewijsvoering van hunne zijde heeft dus nog niet per se tengevolge, dat met de haar gunstige feiten, welker bewijs niet is geleverd, in het vonnis geen rekening kan worden gehouden. Een eigenlijke bewijslast

[1]) Voor het stelsel der Pruisische A. G. O. geldt het volgende natuurlijk evenzeer als voor straf- en administratief proces.

[2]) Mr. Fokker, pag. 34, sub c. zegt, dat in de procedure voor den Beroepsraad „niet enkel de bewijslast op de partijen rust". Al kan nu ook niet worden toegegeven, dat ooit op iemand die geen partij is (den rechter) eenige bewijslast rusten kan, wat de schrijver bedoelt is juist, nl. dat de feiten, ook buiten het bewijs der partij om, door den rechter kunnen worden onderzocht en vastgesteld.

rust dus op partijen niet. Maar duidelijk is het, dat — zoo het geding in accusatoiren resp. contradictoiren vorm is geregeld — partijen er belang bij hebben den rechter zooveel mogelijk aangaande de voor haar gunstige omstandigheden in te lichten en derhalve practisch zullen handelen door zelf actief op te treden en den rechter de feiten te bewijzen, die zij wenschen, dat bij de beslissing in aanmerking zullen komen. Hare tegenstrijdige belangen dwingen ze daartoe, en bovendien zijn zij het best in staat de waarheid op het spoor te helpen komen. Die tegenstrijdige belangen behoeven geene persoonlijke en allerminst pecuniaire belangen te zijn. De Officier van Justitie heeft geen persoonlijk belang bij veroordeeling van den beklaagde, maar hij vertegenwoordigt het staatsbelang: de handhaving der rechtsorde. Hij is degene, tot wiens taak het doorzetten der strafactie in de eerste plaats behoort, hij „vertritt die Anklage" [1]. Dat hij bij het vaststaan der feiten niet geïnteresseerd zou zijn, omdat hij door vrijspraak niet bezwaard wordt, en dus geenerlei risico draagt [2], is alleen juist, wanneer men aan individueele belangen denkt, inplaats het O. M. te beschouwen als orgaan van den Staat, voor welks belangen hij te waken heeft.

Door hare tegenstrijdige belangen wordt feitelijk voor partijen de noodzakelijkheid geboren mede te werken tot de ontdekking der waarheid. Gesteld immers dat de partij zich volkomen passief gedroeg, hoe licht zou het dan niet kunnen gebeuren dat een haar gunstig feit [3], ook ná eigen onderzoek des rechters, door dezen niet als waar kan worden erkend? En heeft zij het dan niet aan zich zelve te wijten, wanneer zij

---

[1] ROSENBERG, p. 32.

[2] WACH, Beweislast, p. 3; KISCH, p. 534.

[3] Dat is: een feitelijk bestanddeel van een voorschrift, waarop zij zich beroept.

dientengevolge in het ongelijk gesteld wordt? Wil de partij die kans niet loopen, dan is zij — afgezien van het zeldzame geval van notoriëteit — feitelijk wel genoodzaakt tot een bewijsvoering over te gaan.

Op haar rust de ONEIGENLIJKE BEWIJSLAST; geen „eigenlijke", omdat de rechter aan het bewijs der partij niet gebonden is en ook op grond van eigen onderzoek de waarheid van een feit mag aannomen. Ook de oneigenlijke bewijslast is van den zelfden stam als de eigenlijke, beide zijn de weerspiegeling, in de inrichting der verschillende procedures, van het beginsel, dat een rechtsvoorschrift alleen kan worden toegepast, indien zijne feitelijke bestanddeelen vaststaan. Immers ook waar activiteit des rechters geldt, is het mogelijk, dat niettegenstaande alle bewijs en rechterlijk onderzoek een feit onzeker blijft en dus een rechtsvoorschrift niet kan worden toegepast, tot schade van hem, die zich daarop beroept, want de vraag, wien het nadeel treft, indien een bepaald feit niet geconstateerd wordt, rijst onafhankelijk van de verschillende manieren, waarop dat feit wel geconstateerd kan worden. Alleen is bij activiteit van den rechter het risico iets minder groot dan in een procedure met lijdelijkheid, omdat het in de laatste absoluut uitgesloten is, dat de rechter iets op grond van eigen onderzoek als waar aanneemt.

Resumeerende, komen wij dus tot de volgende resultaten:

I. In ieder proces draagt hij, die zich op een rechtsvoorschrift beroept, *het nadeel*, indien de waarheid van één of meer feitelijke bestanddeelen daarvan niet blijkt.

Het rechtsvoorschrift kan dan niet toegepast worden en dit beteekent het verlies der procedure voor hem, die het inriep.

II. Hij draagt tevens den bewijslast (*eigenlijken bewijslast*), indien die waarheid slechts blijken kan als gevolg van een bewijs, dat daartoe leidt, d. i. indien de rechter lijdelijk is en de feiten niet notoir zijn en tevens behoorlijk tegengesproken. [1])

III. Ook waar de rechter actief optreedt, zal, indien het geding in contradictoiren vorm is geregeld, die partij trachten door bewijs den rechter van de waarheid dier feiten te overtuigen, al kan deze die overtuiging ook uit eigen onderzoek putten (*oneigenlijke bewijslast*).

Wij mogen dus concludeeren, dat de zelfstandige beteekenis van wat men bewijslast pleegt te noemen (onze

---

[1]) Het niet-behoorlijk tegenspreken is in een door de lijdelijkheid beheerscht geding een grond (evenals bewijs), waarop de waarheid van een feit wordt aangenomen. De bewijslast staat daar geheel buiten; het gemis aan tegenspraak heeft juist tengevolge, dat uit het gevaar, met het niet-vaststaan van het feit verbonden, voor de partij, die het stelde, geen bewijslast voortvloeit. Onze wet, die een gemotiveerd ontkennen eischt (art. 141 Rv.) en dus het niet-gemotiveerd ontkennen evenals het gemis van elke tegenspraak als grond beschouwt, waarop de rechter het feit als waar erkennen moet, maakt zich daardoor niet schuldig aan inbreuk op het beginsel van art. 1902 B. W. Wie het nadeel lijdt, indien het feit niet vaststaat, bepaalt de leer van den bewijslast; art. 141 Rv. noemt een wijze op, waarop dat vaststaan kan worden teweeggebracht. Indien men dit zou willen loochenen op grond, dat art. 1902 enkel van bewijzen spreekt, dan zou men ook de notoriëteit alle kracht moeten ontzeggen. Past de rechter art. 141 Rv. toe en neemt hij op grond van niet aan het voorschrift der wet voldoende tegenspraak een feit „als bewezen" aan, dan is er dus geen sprake van ontheffing van den bewijslast: bewijslast is niet ontstaan en het risico van het verlies der procedure is juist door het gemis aan tegenspraak afgewend.

Dit tegen het betoog van Mr. Post, p. 51—79.

eigenlijke bewijslast, sub II) niet zoo heel groot is. De eigenlijke bewijslast is slechts van secundair belang, slechts een vorm, waarin onder bepaalde omstandigheden het risico aan het niet-vaststaan van een feit verbonden zich voordoet [1]).

Dit risico nu moet uit kracht van zijn primaire en universeele beteekenis noodzakelijk uitgangspunt zijn bij een beschouwing van den bewijslast, ook voor het burgerlijk geding. Want niet alleen in inquisitoire procedures bestaat dit risico, zonder dat het bewijslast medebrengt, maar ook in het burgerlijk geding, indien een feit notoir is of niet tegengesproken [2]). Bewijs is immers ook daar niet de éénige grond, waarop een feit als waar kan worden aangenomen.

Art. 1902, zoowel het tegenwoordige als het door de Staatscommissie voorgestelde, overschat dus de beteekenis van den bewijslast. Wie zich op een feit beroept, waarvan de gegrondheid zijner vordering of verwering afhangt, moet dat feit niet steeds bewijzen, zelfs niet ingeval van lijdelijkheid des rechters. Het feit moet VASTSTAAN, zal hij in-het-gelijk kunnen worden gesteld, die zich op een rechtsvoorschrift, waarvan het bestanddeel is, beroept; en op dat vaststaan komt het aan, terwijl het onverschillig is, of de grond, waarop dit vaststaan wordt aangenomen, bestaat

---

[1]) Het is dus onjuist te zeggen, dat ook in straf- en administratiefproces bewijslast bestaat (FITTING, p. 1 v.v.), doch aan den anderen kant weder te eng, zich alleen met het burgerlijk geding bezig te houden, omdat met het inquisitoire beginsel geen bewijslast vereenigbaar is (WACH, Beweislast, p. 3; Handb. p. 126), want het risico, waarvan de bewijslast slechts een uitvloeisel is, bestaat ook dan.

[2]) Evenzeer, indien het bestaan van gewoonterecht betwist wordt, daar op dit punt de rechter niet lijdelijk is, en in zaken van voluntaire jurisdictie, vg. FAURE IV[1] p. 13, I p. 95, Ontw StC. p. 50, LEVY-OPZOOMER XII, p. 57.

in bewijs, gemis aan tegenspraak of notoriëteit. Nu bepaalt art. 1904 Ontw. Stc. [1]) wel, dat van notoire feiten geen bewijs behoeft geleverd te worden, maar juist hieruit blijkt, dat men het bewijs vooropstelt en de notoriëteit beschouwt als grond, die het bewijs overbodig maakt. Notoriëteit staat naast bewijs, is, evenals bewijs, grond voor de waarheid van een feit en dus volstrekt niet iets subsidiairs. Dat den eischer in bepaalde omstandigheden bewijslast treft, is een gevolg van de lijdelijkheid des rechters en behoort dus niet in het burgerlijke recht te worden bepaald. Dat een feit, van welks waarheid de gegrondheid eener vordering afhangt, moet vaststaan, opdat die gegrondheid kan worden aangenomen, spreekt daarentegen van zelf, daar een rechtsvoorschrift alleen kan worden toegepast, indien zijne feitelijke elementen vaststaan, zoodat een wetsbepaling, die dit zou uitspreken, als volkomen overbodig mag worden beschouwd. De wetgever zou dus m. i. juister handelen door eenvoudig de gronden op te noemen, waarop een feit als vaststaande kan worden aangenomen (dus: bewijs, notoriëteit en gemis aan betwisting), in plaats een voorschrift te geven, dat slechts een consequentie uitspreekt van de lijdelijkheid des rechters en overigens overtollig is.

§ 9.

Wanneer de bewijslast slechts een uitvloeisel is van de noodzakelijkheid van het vaststaan der feiten voor de toepassing van een rechtsvoorschrift, dan volgt daaruit van zelve, dat niet juist is de meening van hen, die daarin een

---

[1]) Vg. art. 1903 R. O.

wettelijken plicht [1]) zien tot het leveren van bewijs; een wettelijken plicht, waarmee dan een recht van de tegenpartij op bewijs zou correspondeeren.

MOLTZER heeft in zijn meergenoemd opstel onlangs tegen deze in rechtspraak [2]) en litteratuur [3]) zeer gemeenzame opvatting met klem protest aangeteekend en daarvoor een hooger beginsel willen in de plaats stellen: iedere partij moet, ook al rust op haar geen bewijslast, den rechter naar haar beste vermogens de gegevens verschaffen, die te harer beschikking staan en dezen kunnen in staat stellen tot een volledige beoordeeling van de aannemelijkheid harer feitelijke beweringen [4]). Ter verdediging van dit beginsel beroept MOLTZER zich op het „judici fit probatio" en op het openbaar belang, dat niet slechts bij de rechtskundige, maar ook bij de feitelijke juistheid van de rechterlijke beslissing betrokken is.

Naar mijn bescheiden meening gaat MOLTZER hiermee weder te vér; van een wettelijken plicht tegenover de justitie, rustende op iedere partij, om de ontdekking der waarheid te helpen bevorderen, kan toch in het burgerlijk geding moeilijk sprake zijn. Maar volkomen hetzelfde, als hetgeen

[1]) In het oude Germaansche proces sprak men van een recht tot bewijs, inplaats van een verplichting. Dit hangt samen met het in dat proces bestaande formeele karakter der bewijsmiddelen, vg. BECKH, p. 19 v. v.; PLANCK, das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, (1879), dl. II, p. 13—16.

Voor de moderne procedure betoogt nog REINHOLD (Z. f. C. P. XX, p. 137), dat de bewijslast een recht is, nl. om feiten te mogen aanvoeren en te verlangen, dat de rechter daarmede rekening houdt. Doch dit laatste mag men toch eerst na geleverd bewijs!

[2]) Vg. bijv. arr. H. R. 10 Mei 1889 W. 5715.

[3]) Vooral VON CANSTEIN, Z. f. C. P. XVI, p. 50 v. v.: „Es ist eine Verpflichtung, deren Erfüllung dadurch erzwungen wird, dass im Falle der Nicht-Erfüllung dieser Verpflichtung die Behauptung der Thatsache als unwahr . . . . behandelt wird".

[4]) p. 540.

MOLTZER verlangt, kan men — zooals ik beneden hoop aan te toonen — verkrijgen door den rechter in de bewijs-appreciatie volkomen vrij te laten; en zelfs al ware dit niet het geval, uit het karakter van den bewijslast, zooals dit boven werd ontwikkeld, volgt uit den aard der zaak reeds, dat hij, die met het bewijs is belast, tot het leveren daarvan niet tegenover zijne tegenpartij verplicht is, maar alleen door zijn belang daartoe wordt gedreven.

Met de verwerping van de opvatting als zou de tegenpartij een recht op bewijs hebben, valt een nieuw licht op vele belangrijke vragen van bewijsrecht. Tegen de erkenning van den exhibitieplicht [1]) zal niet meer kunnen worden aangevoerd, dat het niet aangaat „bewijsstukken te zoeken in den boezem van de wederpartij" en dat „nemo tenetur edere contra se", de bekentenis zal niet meer beschouwd mogen worden als een afstand van de aanspraak op bewijs [2]), daar een dergelijke aanspraak niet bestaat. Aan het dogma van de onsplitsbaarheid der bekentenis ontvalt zijn hechtste steun: men zal niet meer kunnen zeggen, dat de gedaagde, die gequalificeerd bekent, alleen den eischer van den bewijsplicht heeft ontslagen onder voorwaarde, dat ook het tot zijne bevrijding bijgevoegde geloofd wordt. Eindelijk vervalt iedere grond voor de bewering, dat de rechter uit de passieve houding van de partij, die geen bewijslast draagt, geen voor haar nadeelig vermoeden mag afleiden [3]), omdat hare tegenpartij verplicht is, hare bewe-

---

[1]) Vg. FAURE IV[1] p. 207; het Ontwerp erkent den exhibitieplicht in de artt. 1926 v. v.

[2]) Aldus: LEVY-OPZOOMER XII p. 60 noot 2, LAND III[2] p. 447, WETZELL p. 171. Vg. Toelichting St. C. op art. 1938, en POTHIER no. 831 v.

[3]) POST, p. 36, 51 v. v., HAZELHOFF ROELFSEMA, p. 74.

ringen, buiten hare medewerking, geheel zelfstandig àannemelijk te maken [1]).

Dit laatste is bijzonder gewichtig, ingeval de partij, die geen bewijslast draagt, de bewijsmiddelen in handen heeft, bijv. de wegens wanbetaling tot ontbinding der overeenkomst gedagvaarde kooper, die beweert betaald te hebben, of indien die partij aan de andere het leveren van bewijs heeft onmogelijk gemaakt. Onze rechtspraak pleegt dan den bewijslast op die partij „over te brengen." Hierop zal bij de bespreking van de „omkeering'' van den bewijslast [2]) uitvoerig woıden teruggekomen.

Het wezen van den bewijslast is een gevaarselement, het risico het proces te verliezen, indien een bepaald feit niet blijkt. De daarbij komende werkzaamheid der partijen (bewijsvoering) is niets dan een poging het gevaar, dat met het niet-vaststaan van een feit verbonden is, af te wenden, een practische noodzakelijkheid, te méér dringende, waar de rechter lijdelijk is. Want dan hangt het van het welslagen dier werkzaamheid de uitslag der procedure af; haar gelukken is dan — afgezien van notoriëteit en niet-betwisting — onmisbare voorwaarde voor het winnen van het proces [3]). Een rechtsplicht, gevolg van een gebod des wetgevers, bestaat echter niet. Dat de rechter met een niet-bewezen feit geene rekening houdt, is geene straf voor het niet vervullen der verplichting bewijs te leveren: met een feit, dat

[1]) In verband hiermede blijkt, dat het niet noodzakelijk is, het door MOLTZER gehuldigde beginsel in de wet neer te schrijven. Verschaft de partij de gegevens, die te harer beschikking staan, niet, dan doet zij daardoor een vermoeden in haar nadeel ontstaan. Vg. Hoofdstuk III.

[2]) Zie Hoofdstuk III.

[3]) FITTING, p. 11 v.; BETZINGER, p. 295; KRESS, p. 15; WACH, Beweisl., p. 1 v.; ROSENBERG § 7.

niet vaststaat, doch had moeten vaststaan, kan de rechter nooit, in geene procedure rekening houden, geheel afgescheiden hiervan of de partijen alléén, dan wel naast haar ook hij de feitelijke bouwstoffen voor het vonnis hebben te leveren. Is de rechter lijdelijk en bewijs de eenige grond, waarop een feit als waar kan worden aangenomen, dan zondigt de partij, op wie de bewijslast rust en die het noodige bewijs niet levert, niet tegen het recht der tegenpartij, zij laat slechts iets na, wat voor eene haar gunstige beslissing noodzakelijk was, zij handelt tegen haar eigen belang, doch niet tegen de wet of een aanspraak van een ander. Wanneer dus partijen in een door de lijdelijkheid des rechters beheerscht geding zelven de hand aan het werk slaan om zorg te dragen, dat de haar gunstige feiten als waar kunnen worden aangenomen, dan hebben wij niet te doen met vervulling eener op haar rustende verplichting, maar enkel met een uitvloeisel van practische noodzakelijkheid. Deze noodzakelijkheid bestaat, omdat het niet-vaststaan van een bepaald feit voor de partij het verlies der procedure tengevolge heeft en dat feit in dit geval alleen op grond van bewijs als waar kan worden erkend.

§ 10.

Uit het voorafgaande is gebleken, dat zij, die met art. 1902 ter verklaring van het wezen van den bewijslast van het subjectieve recht uitgaan, zich in dubbelen zin op een te beperkt standpunt stellen: zij verliezen de talrijke gevallen, waarin wél van bewijslast, doch niet van subjectieve rechten sprake is, uit het oog, en verzuimen bovendien terug te gaan tot het hoogere begrip, dat op alle procedure's past en waarvan de bewijslast slechts een consequentie is: het risico van

het verlies der procedure wegens het niet-vaststaan van een feitelijk bestanddeel van een ingeroepen rechtsvoorschrift. Daarin ligt dus op zich zelve reeds een voldoende grond tegen het behoud van art. 1902 bij de herziening van ons bewijsrecht.

Het zou echter kunnen zijn, dat de heerschende opvatting, zij het ook binnen het gebied, waartoe zij hare beschouwingen beperkt, een juist criterium gevonden had voor de verdeeling van den bewijslast, aan welk criterium dan andere, door die opvatting buiten rekening gelaten gevallen, analogisch zouden kunnen worden getoetst. Voor de practische toepassing van het recht komt het natuurlijk allereerst er op aan de juiste beginselen voor de verdeeling van den bewijslast te vinden, en wij zagen boven, dat daartoe door de wetenschap, steunende op art. 1902 B. W., eene onderscheiding wordt gemaakt tusschen positief-werkende (specifieke) en negatief-werkende (verhinderende en opheffende) feiten [1].

Echter — ook hier blijkt men niet op den goeden weg te zijn.

De eischer behoeft slechts een zeker minimum van feiten, die den grondslag zijner vordering vormen (n.l. de positief-werkende) te bewijzen; de bewijslast van het bestaan van negatief-werkende feiten rust op den gedaagde. Maar waarom wordt nu de bewering des eischers, dat hem een recht toekomt, die eerst „niet aannemelijk was, zoolang hare waarheid niet bleek", geloofd, zoodra de specifieke feiten vaststaan? Waarom mag uit deze feiten, die toch in hun isolement geheel onvoldoende zijn om het bestaan van het recht daaruit af te leiden, „voorshands" tot dat bestaan worden besloten. ook al is niet aangetoond, dat hunne werking niet door andere verhinderd of opgeheven is? Dat de rechtvaar-

---

[1]) FAURE I, p. 304.

d i g h e i d — waarop ook de Staatscommissie zich beroept [1]) — dit eischt, is alleen juist, indien men zich plaatst op het standpunt van den eischer, die anders met een onmogelijken bewijslast zou worden bezwaard, maar niet van het standpunt van den gedaagde, die een misschien hoogst moeilijk bewijs zal hebben te voeren om bijv. te voorkomen, dat hij een reeds afgedane schuld nogmaals zal hebben te betalen.

Daarbij komt, dat de grens tusschen positief- en negatiefwerkende feiten niet is aan te geven. Men gebruikt allerlei termen om die begrippen te verduidelijken, maar doet daarbij niet veel meer dan de éene onbekende grootheid door de andere vervangen. Men spreekt van „specifieke" feiten (POST), van „éléments constitutifs" van het recht (DEMOLOMBE), van „eigenthümliche, unmittelbare, wesentliche Bedingungen" (BETHMANN-HOLLWEG) enz. [2]). Wil men echter weten, welke feiten in een bijzonder geval als „specifiek" te beschouwen zijn, dan wordt men verwezen naar de leer der bijzondere rechtsbetrekkingen, dus naar het burgerlijke recht. Doch hoe daaruit de vraag naar den bewijslast op te lossen, wanneer

---

[1]) Ontw. St.C. p. 50; ook: FAURE, UNGER t. a. p.; WACH, Vorträge p. 157, Beweisl. p. 10, 42; MAXEN, p. 50; KRESS, p. 9 v.v. Men beroept zich verder op: v e r m o e d e n s (vele schrijvers over den CODE, o. a. GARSONNET, p. 308 en TOULLIER, p. 219 No. 12), op den „a a r d d e r z a a k" (BETHMANN-HOLLWEG, p. 319 v. v.), op de l ij d e l ij k h e i d (BETZINGER p. 279 v. v.; REINHOLD § 6 en Z. f. C. P., hoofdst. II), of zegt, dat door de specifieke feiten het recht „i n d i e S i n n e n w e l t h e r v o r t r i t t" (WETZELL., p. 144). Geen dezer gronden is echter afdoende. Zie VON CANSTEIN, Rat. Grundl., p. 8 v.v. Voor de vernietigende feiten beroept men zich ook op de c a u s a l i t e i t s w e t (FITTING p. 17, LEVY-OPZOOMER p. 40), doch deze verklaart slechts, dat geene verandering zonder oorzaak denkbaar is, niet dat i n g e v a l v a n t w ij f e l het voortduren van het bestaande door den rechter moet worden aangenomen.

[2]) vg. UNGER p. 454; MAXEN p. 5; WINDSCHEID I § 133; BOLGIANO in HOLTZENDORFFS Rechtslexion v⁰. Beweis, p. 354 („charakteristische Requisite")

ons slechts vage begrippen worden gegeven, waaraan die bijzondere rechtsverhoudingen moeten worden getoetst?

Volledig is de onderscheiding der feiten in specifieke, verhinderende en opheffende evenmin. De werking van verhinderende of opheffende feiten kan weder hetzij verhinderd, hetzij opgeheven worden, zoodat de specifieke weder hun volle effect herkrijgen, bijv. ingeval van bekrachtiging eener door een onbekwame gesloten overeenkomst, van dwang tot kwijtschelding eener verbintenis, van schorsing der verjaring. Andere feiten nemen de mogelijkheid weg van het ontstaan van een recht, dat reeds in den kiem aanwezig was (herroeping van een legaat). Men krijgt aldus „vernichtungshindernde", „hinderungshindernde", „hinderungsvernichtende", „keimzerstörende", „rechtserweiternde", „rechtsbeschränkende" en nog meerdere categorieën feiten. Wanneer men nu bedenkt, dat tengevolge van de relatieve beteekenis dezer onderscheidingen een bepaald feit beurtelings in de éene, beurtelings onder de andere categorie kan vallen [1]), ja zelfs het tegendeel van een specifiek feit, onder andere omstandigheden óók specifiek kan zijn [2]), dan mag men waarlijk wel zeggen, dat de heerschende leer ons „steuerlos auf das Meer der Thatsachen hinaustreibt" [3]).

Ook omtrent de verdeeling van den bewijslast vinden wij bij de door de Staatscommissie, blijkens hare verwijzing naar § 193 Ontwerp B. G. B., in art. 1902 neergelegde opvatting, geene bevredigende, voor analogische toepassing vatbare,

---

[1]) De minderjarigheid bijv. is, als exceptie opgeworpen, verhinderend, doch bij wege van actie tot nietigverklaring ingeroepen, specifiek en eindelijk „vernichtungshindernd" als grond van schorsing der verjaring.

[2]) De betaling (meestal vernietigend) is specifiek bij de condictio indebiti, de niet-betaling bij de actie van art. 1302 B. W.!

[3]) MARTINIUS, p. 35

resultaten. Wij zullen nu trachten aan te toonen, dat de verdeeling van den bewijslast evenals het wezen daarvan, uit het karakter der rechtsvoorschriften moet worden verklaard. De bewijslast is een gevolg van het risico, dat hij loopt, die toepassing van een rechtsvoorschrift verlangt, doordien hij in het ongelijk moet worden gesteld, indien de daartoe vereischte feiten niet blijken. Daaruit volgt, dat een verdeeling van den bewijslast over beide partijen niet anders kan zijn dan een gevolg van de omstandigheid, dat dit risico niet alleen door ééne, maar ook door de andere partij geloopen wordt, m. a. w. in het proces beide partijen in de noodzakelijkheid kunnen komen zich op een rechtsvoorschrift te beroepen.

Want ál hetgeen omtrent de noodzakelijkheid van het vaststaan der feiten voor de toepassing van een voorschrift is gezegd, geldt natuurlijk óók, indien de gedaagde zich tegenover het voorschrift, waarop de vordering steunt, op een ander rechtsvoorschrift beroept: dan zal hij het nadeel lijden, indien de feitelijke bestanddeelen van dát voorschrift twijfelachtig blijven en hij dus ook — ingeval de rechter lijdelijk is en de feiten niet notoir of onbetwist — den bewijslast dragen. Iedere partij, aanvaller of verweerder, draagt — in iedere procedure — het nadeel, indien een door haar ingeroepen voorschrift niet kan worden toegepast. Eene verdeeling van het risico met het niet-vaststaan der feiten verbonden (niet: van den bewijslast) is dus eveneens in iedere procedure mogelijk, zoodra maar de aangevallene in de noodzakelijkheid komt zich op een rechtsvoorschrift te beroepen. En ook daar, waar men terecht van een verdeeling van den bewijslast spreekt, kan deze toch weder niets anders zijn dan een gevolg van de verdeeling van dat risico. Wij dienen dus ook bij het onderzoek naar de

verdeeling van den bewijslast geheel van subjectieve rechten te abstraheeren en veeleer na te gaan, hoe het komt, dat door beide partijen beurtelings een beroep kan worden gedaan op een rechtsvoorschrift.

§ 11.

Wanneer wij ons voorloopig beperken tot voorschriften van het materieele burgerlijk recht, ingeroepen in het burgerlijk proces, waarin het bestaan eener verdeeling van den bewijslast niet betwist kan worden, dan moet het ons mogelijk zijn aan te toonen, dat tusschen die voorschriften een zoodanige verhouding bestaat, dat zij nu eens den eischer, dan weer den gedaagde gunstig zijn, zoodat het beroep des eischers op het voorschrift, waarop hij zijne vordering doet steunen, door den. gedaagde met een beroep op een ander voorschrift kan worden afgeweerd.

En nu valt het reeds bij een oppervlakkige beschouwing in het oog, dat van de voorschriften van ons burgerlijk recht sommige het ontstaan eener rechtsvordering verbinden aan het plaats grijpen van bepaalde omstandigheden, andere daarentegen verklaren, dat die rechtsvordering niet opgaat, indien bij die omstandigheden nieuwe komen.

Tot de eerste categorie van voorschriften, die een vordering geven en die ik daarom positief-werkende voorschriften zou willen noemen, behooren bijv. de art. 241 (scheiding van goederen), 264 (echtscheiding), 306 v.v. (désaveu), 629 (revindicatie), 1510 en 1549, 1586 en 1596 (verplichtingen der partijen bij koop en huur) B. W.; tot de tweede categorie van voorschriften, welke verklaren, onder welke nadere feitelijke voorwaarden eene vordering niet met goeden uitslag kan

worden ingesteld (negatief-werkende voorschriften) o. a. de artt. 1482 (onbekwaamheid), 1357 v.v. (dwang enz.), 271—275 (verval van het recht om echtscheiding te vorderen) jo. 301, 1368 (het buiten den handel zijn der zaak) en 1417 (teniet gaan van verbintenissen) B. W. Van deze negatief-werkende voorschriften treden sommige, bijv. art. 1368 B.W., het positief-werkende onmiddellijk in den weg, zoodat dit laatste in het geheel geen gevolg heeft, terwijl andere het éénmaal ingetreden gevolg weder opheffen, bijv. art. 1417 B. W.

De positief-werkende voorschriften zijn allereerst gunstig voor een eischende partij, de negatief-werkende voor den verweerder: is het beroep van dezen op het negatief-werkende voorschrift gegrond, dan wordt daardoor het voor den eischer gunstige gevolg verijdeld of opgeheven. De eerste categorie levert het rechtelijk element voor den grondslag der vordering, de tweede dat voor de middelen van verdediging.

Weten wij, dat tusschen twee voorschriften in een bepaald geval de verhouding van positieve tot negatieve werking bestaat, dan weten wij tevens, van welke feiten het twijfelachtig blijven op den eischer resp. den gedaagde neerkomt en dus ook, wie eventueel den bewijslast draagt, want blijven de voor toepassing van het positief-werkend voorschrift geëischte feiten dubieus, dan wordt de eisch ontzegd; kunnen de bestanddeelen van het door den gedaagde ingeroepen voorschrift niet worden geconstateerd, dan blijft dit laatste buiten toepassing en wordt de gedaagde in het ongelijk gesteld. Daarmede is dus gegeven een verdeeling van het risico verbonden met het dubieus-blijven der verschillende vereischten voor het bestaan der vordering, en de grondslag dier verdeeling wordt dan gevormd door de verhouding der ingeroepen voorschriften als positief- tot negatief-werkende.

De geheele leer van de verdeeling van dat risico (en dus ook: van den bewijslast) komt dus neer op de vraag w a n n e e r b e s t a a t t u s s c h e n t w e e r e c h t s v o o r s c h r i f t e n d e v e r h o u d i n g v a n p o s i t i e v e t o t n e g a t i e v e w e r k i n g?

De beantwoording van deze vraag zal het onderwerp uitmaken van het volgende hoofdstuk.

TWEEDE HOOFDSTUK.

De Verdeeling van den Bewijslast.

TWEEDE HOOFDSTUK.

De Verdeeling van den Bewijslast.

---

§ 1.

De verhouding der rechtsvoorschriften als positief- tot negatief-werkende is de grondslag voor de verdeeling van het risico met het niet vaststaan der feiten verbonden. Het komt er dus op aan een criterium aan te geven voor deze onderscheiding, opdat men in ieder bijzonder geval de aanwezigheid dier verhouding kan onderzoeken. De moeilijkheid ligt minder bij die negatief-werkende voorschriften, welke een eenmaal ingetreden rechtsgevolg opheffen — daar deze zich reeds door het tijdstip van hun in-werking-treden van de positief-werkende onderscheiden — maar bij die, welke het door de tegenpartij (meestal: den eischer) ingeroepen voorschrift onmiddellijk van zijn kracht berooven. Wanneer wij thans zullen trachten aan te duiden, wanneer men met een dergelijk voorschrift te doen heeft, dan stellen wij ons daarbij een gelijksoortige vraag, als de heerschende leer tracht op te lossen, wanneer zij een maatstaf zoekt om de verhinderende van de „rechtserzeugende" feiten te scheiden. Echter hebben wij niet alleen, zooals nader blijken zal, door het op den voorgrond stellen der wettelijke voorschriften een hechtere basis verkregen — daar het verband tusschen wetsbepalingen door wetsuitleg-

ging gevonden kan worden, doch het vaststellen der verhouding van rechtsfeiten altijd eenigszins van willekeurig inzicht afhankelijk is — maar wij hebben daarbij ook het eenig mogelijke standpunt ingenomen, van waar uit niet slechts bij het subjectieve recht, maar ook daarbuiten en zelfs buiten het civiele proces de verdeeling van het risico kan worden overzien.

Voorloopig ons bepalende tot het burgerlijk proces, zullen wij in dit hoofdstuk onderzoeken, naar welke gezichtspunten de rechtsvoorschriften van het burgerlijk recht met het oog op den bewijslast kunnen worden onderscheiden.

Men kan n.l. deze voorschriften op verschillende manieren groepeeren en hunne verhouding, ook al is zij niet die van positieve tot negatieve werking, is voor de vraag, wie het nadeel draagt van het niet-vaststaan van een feit, van het grootste belang. Die groepeering heeft natuurlijk slechts een relatieve beteekenis: men gaat er van uit, dat een bepaald voorschrift in de allereerste plaats is ingeroepen en zoekt dan vasttestellen, hoe andere, door dezelfde of door de tegenpartij ingeroepen voorschriften zich tot dat voorschrift verhouden.

Wij zullen het allereerst eenige categorieën van voorschriften bespreken, waartusschen de betrekking van positieve tot negatieve werking niet bestaat, om daarna des te scherper de aanwezigheid dezer betrekking te kunnen onderscheiden.

Wij vinden dan: [1])

1⁰. suppletoire voorschriften, die de strekking hebben een in een ander voorschrift voorkomend begrip of een onderdeel van dat begrip nader te omschrijven;

2⁰. accessoire voorschriften, welker feitelijke bestanddeelen met die van een ander voorschrift vereenigbaar

[1]) Vg. BETZINGER, p. 250.

zijn, terwijl de rechtsgevolgen van dit voorschrift door die van het accessoire worden uitgebreid;

3⁰. contradictoire voorschriften; hier zijn de feitelijke bestanddeelen der beide voorschriften onvereenigbaar en de rechtsgevolgen tegengesteld;

4⁰. negatief-werkende tegenover positief-werkende voorschriften.

Een enkel voorbeeld van iedere categorie moge het gezegde verduidelijken.

§ 2. Suppletoire voorschriften.

In verschillende gevallen bestaat er tusschen twee voorschriften een zoodanige verhouding, dat het ééne door het andere wordt aangevuld.

Allereerst dan, wanneer een bestanddeel van het voorschift, waarop de vordering steunt, in een ander voorschrift nader wordt omschreven.

Volgens artt. 1188 en 1191 B. W. kan de verhuurder resp. verkooper in bepaalde gevallen roerende goederen opeischen, het roerend-zijn is dus bestanddeel van het voorschrift. Welke goederen nu volgens de wet roerend zijn, bepalen de artt. 562 v. v. B. W. Deze artikelen zijn dus suppletoir ten aanzien van 1188 en 1191. Eveneens suppletoire voorschriften zijn de artt. 1349 B. W. en de artt. 2 v. v. W. v. K., die de begrippen „koopman" en „overeenkomst" definieeren.

Voor den bewijslast maakt het suppletoire voorschrift met het aangevulde één geheel uit. Dit geldt verder in alle gevallen waarin men zich op meer dan één voorschrift te beroepen heeft. Zoo geven bijv. de artt. 1791, 1493, 1584 v., 1655, 1703, 1777 B. W. niet met zoovele woorden een

rechtsvordering [1]), doch alleen beschouwd in verband met art. 1374 lid 1, dat aan elke overeenkomst het recht om nakoming te vorderen verbindt.

Terwijl dus de uitleener, die zijn geld terugvordert, zich eigenlijk in de eerste plaats op art. 1374 B. W. beroept, zal hij toch tevens, opdat de rechter wete niet alleen dát, maar ook wát hij vorderen kan, een beroep moeten doen op art. 1791, en moeten aantoonen, dat hetgeen tusschen hem en den gedaagde heeft plaats gehad, met de feitelijke bestanddeelen van dit artikel overeenkomt. Alle artikelen, die een omschrijving geven van een bijzondere overeenkomst, moeten respectievelijk naast art. 1374 al. 1 worden ingeroepen door hem, die uit een der daarin gedefinieerde contracten ageert. In dezelfde verhouding staat art. 639 tot art. 629: de eigenaar heeft de revindicatie, maar hoe men eigenaar wordt, leest men weer in art. 639. De vindicant heeft zich dus op beide artikelen te beroepen en dus ook de bestanddeelen van art. 639 (voorzoover hij dit inroept) te bewijzen. Het beroep op art. 1374 of 629 B. W. (positief-werkende voorschriften) moet door een beroep op de suppletoire [2]) voorschriften (art. 639, 1791 e. a.) worden aangevuld [3]).

Tot het opstellen van rechtsvoorschriften van een dergelijk aanvullend karakter komt de wetgever om redenen van

---

[1]) Anders § 607 1° B. G. B.: Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

[2]) Met dezen term is natuurlijk niet gezegd, dat voor de kennis van het recht de suppletoire voorschriften van minder belang zijn. Verg. bijv. de artt. 639 v.v. (suppletoir) met art. 629 B.W.

[3]) Wij zullen dan ook vaak bijv. de verhouding van art. 1791 tot art. 1417 B. W. noemen als een voorbeeld van positieve en negatieve werking. Bedoeld is dan natuurlijk: art. 1791 (in verband met art. 1374 al. 1 B. W.) tot art. 1417.

practischen aard (voorkoming van herhaling) en van systematiek. Een zeker samenstel van rechtsgevolgen (gebruiksrecht, beschikkingsrecht, terugvorderingsrecht enz.) verbindt de wet telkens aan een verschillend complex van feiten (toeëigening, levering enz.). Nu ware het natuurlijk hoogst onpractisch bij iedere feitengroep al die verschillende rechtsgevolgen weder op te sommen. Daarom stelt de wet daarvoor het begrip e i g e n d o m in de plaats en kan nu volstaan met de opsomming der wijzen van eigendomsverkrijging, terwijl de gevolgen van dat begrip in afzonderlijke bepalingen kunnen worden nedergelegd. Alle voorschriften, welke eigendom toekennen, zijn daarmede suppletoir geworden met betrekking tot art. 629 B. W.

Evenzeer beveelt zich het opstellen van een suppletoir voorschrift aan, wanneer de wet een feit, dat van meerdere rechtsvoorschriften bestanddeel is, nader wil definieeren, omdat zij een zelfstandige juridische omlijning geraden acht, hetzij om eenvoudig rechtszekerheid te geven, hetzij om een van het gewone spraakgebruik afwijkende beteekenis bindend vast te leggen. Deze overwegingen leiden tot het vormen van een algemeen deel (in de wet) van het burgerlijk recht, maar ook van het verbintenissenrecht, zakenrecht, erfrecht enz.

Eindelijk hebben, wanneer iemand zich beroept op een recht, dat van een ander op hem is overgegaan, dus bijv. op art. 668 (cessie), 671 (levering), 880 en 1002 B. W. (erfrecht), de voorschriften, die het overgedragen recht oorspronkelijk voor zijn auteur vestigden, aanvullende werking ten aanzien der rechtsvoorschriften, die de overdracht regelen en moeten zij dus met deze worden ingeroepen. Immers de overdracht van een schuldvordering onderstelt het bestaan van een schuldvordering, en dit bestaan is tegelijkertijd b e s t a n d- d e e l van art. 668 en r e c h t s g e v o l g van een ander voorschrift, bijv. van art. 1791, indien een vordering uit

leen is gecedeerd. Wil art. 668 toegepast worden, dan moet vaststaan, dat het rechtsgevolg van art. 1791 is ingetreden, want dat ingetreden-zijn is immers juist bestanddeel van art. 668 [1]). Voldoende is natuurlijk, dat de feitelijke bestanddeelen van art. 1791 en die van art. 668 vaststaan; dat de vordering vóór de cessie reeds was te niet gegaan, bewijst de tegenpartij, want dit zou het gevolg zijn van het ingrijpen van een ander rechtsvoorschrift (art. 1417).

Wel te onderscheiden van dit geval is het volgende [2]): de wetgever kan de groep feiten, waaraan hij het ontstaan van een vordering verbinden wil, over meer dan één rechtsvoorschrift verdeelen. Art. 1703 definieert de schenkingsbelofte, art. 1888 lid 1 de dading, de artt. 1719 en 1888 lid 2 eischen s o l l e m n i t a t i s c a u s a het aangaan dier overeenkomsten bij authentieke resp. onderhandsche akte. Hier is het samenstel der feitelijke bestanddeelen van art. 1703 of 1888 1°. n o o i t voldoende voor het ontstaan van eenig rechtsgevolg; deze voorschriften zijn dus, voorzoover ons vraagstuk betreft, gebrekkig geformuleerd, ze sommen de vereischte feiten niet in hun geheel op. De artt. 1719 en 1888 lid 2 zijn dan ook niet suppletoir, maar gelijkwaardig aan artt. 1703 en 1888 lid 1: ieder voorschrift noemt een gedeelte der vereischte feiten. Eerst wanneer men hunne feitelijke bestanddeelen met elkaar vereenigt, kan eenig rechtsgevolg ontstaan: alleen t e z a m e n en dan nog slechts in verband met art. 1374 lid 1, vormen zij een positief-

---

[1]) Evenzoo is het schuldeischerschap element van art. 1377 B. W. en rechtsgevolg bijv. van art. 1791. Wie de Pauliana instelt, bewijst de bestanddeelen van art. 1377 é n die van het — hier suppletoire — art. 1791 B. W.

[2]) Anders KRESS p. 90. Men heeft hier veeleer de inachtneming van den vereischten vorm te beschouwen als „Thatbestandsmerkmal der anspruchserzeugenden Norm", BETZINGER p. 354, MARTINIUS p. 36.

werkend voorschrift. Tot verwarring met de suppletoire rechtsvoorschriften leidt de omstandigheid, dat hij, die het rechtsgevolg voor zich inroept, de bestanddeelen van beide voorschriften te bewijzen heeft, en misschien ook dit, dat men zich wel een schenking kan denken zonder akte, doch niet zonder de feitelijke bestanddeelen van art. 1703. Nauwkeurig beschouwd, vormen dus art. 1703 met art. 1719 te zamen één voorschrift en wel een suppletoir ten aanzien van art. 1374 lid 1.

§ 3. Accessoire rechtsvoorschriften.

Van anderen aard weder is de betrekking tusschen twee rechtsvoorschriften, wanneer de feitelijke bestanddeelen van het ééne met die van het andere vereenigbaar zijn (soms zelfs alleen vereenigd met die van het andere kunnen voorkomen), terwijl de rechtsgevolgen van het tweede voorschrift door die van het eerste worden uitgebreid of vermeerderd. In die verhouding staan bijv. art. 1802 (rentebeding) tot art. 1791 (verbruikleening), artt. 1230, 1254 2°., 1223 B. W. en 297 W. v. K. tot art. 1242 (hypotheek), de artt. 1340 (strafbeding), 1196 (pand) en 1857 (borgtocht) tot het voorschrift, waarop de hoofdverbintenis steunt. *Voor den bewijslast is het bijkomend voorschrift als zelfstandig voorschrift, het bijkomend rechtsgevolg als nieuw rechtsgevolg te beschouwen.* Hij, die beweert, tot meer gerechtigd te zijn dan waarop het principale voorschrift hem recht geeft, draagt den bewijslast ten aanzien der feitelijke bestanddeelen van het accessoire voorschrift.

§ 4. Contradictoire rechtsvoorschriften.

Hier zijn de feitelijke bestanddeelen van twee rechtsvoor-

schriften onvereenigbaar en de rechtsgevolgen tegengesteld. Stel bijv. dat iemand van een ander de teruggave van een, naar hij beweert, geleende som gelds vordert, doch deze antwoordt het geld niet ter leen, maar ten geschenke te hebben ontvangen. Hoe staat het hier met den bewijslast? Beiden beroepen zich op een rechtsvoorschrift, de eischer op art. 1791, de gedaagde op dat betrekkelijk de schenkingen. De oplossing zal moeten worden gevonden door een nadere beschouwing der middelen van verdediging in het algemeen.

Tegen den aanval des eischers kan de gedaagde zich op verschillende wijzen verweren [1]. Men onderscheidt: absolute ontkenning, relatieve ontkenning en beroep op een zelfstandig recht, waardoor het recht des eischers, het tegenwoordig bestaan daarvan zelfs aangenomen, geheel of ten deele, duurzaam of tijdelijk, van kracht wordt beroofd (exceptie i. e. z.). Bij het beroep op een eigen recht beroept de gedaagde zich steeds op een rechtsvoorschrift, dat hem dat recht geeft, en in dit geval negatief werkt tegenover dat, waarop de eischer zijn vordering doet steunen. Als voorbeeld diene het beroep op vruchtgebruik of huur tegenover de eigendomsactie [2]. De gedaagde draagt hier den bewijslast ten aanzien der feitelijke bestanddeelen van het door hem ingeroepen voorschrift.

Geheel hetzelfde geldt voor de zgn. relatieve ontkenning. Zonder de juistheid der door eischer aangevoerde feiten te weerspreken, voert de verweerder andere, daarmede vereenigbare feiten aan, die het ontstaan van 's eischers vordering verhinderen of haar deden tenietgaan. Tegen de actie uit art. 1791 beroept de verweerder zich op betaling, tegen die

[1]) Zie FAURE I, p. 309 v. v.

[2]) Hier blijkt de relativiteit der onderscheiding: de bepaling, die den huurder zijn recht geeft, werkt hier negatief; doch positief, zoo hij van den eigenaar het genot der verhuurde zaak zou vorderen.

van art. 629 op acquisitieve verjaring [1]). Dit beroep van den gedaagde op „zelfstandige feiten" is niets anders dan een beroep op het ingrijpen van een zelfstandig, negatief-werkend rechtsvoorschrift (art. 1417, 2000). De waarheid der feiten, die den grondslag der vordering uitmaken, (d. w. z. de feitelijke bestanddeelen van het den eischer gunstige rechtsvoorschrift), laat hij in het midden, doch zijnerzijds beweert hij de waarheid van andere feiten nl. die waaraan het negatief-werkend voorschrift het gevolg verbindt, dat 's eischers vordering niet kan opgaan. *De zgn. relatieve ontkenning is dus in het geheel geen ontkenning* [2]), doch een *positieve* [3]) *bewering* nl. van de waarheid der feitelijke bestanddeelen van een negatief-werkend voorschrift, evenzoo als bij het beroep op een eigen recht. In beide gevallen beroept de gedaagde zich op het ingrijpen van een zelfstandig rechtsvoorschrift, voor beide gevallen is dus de term „exceptieve verwering" gepast. In beide gevallen rust ook de bewijslast op den gedaagde, en in denzelfden omvang [4]).

Naast de exceptieve verwering staat de ontkenning [5])

---

[1]) Ten onrechte ziet LAND in het beroep op acquisitieve verjaring eene verwering ten principale (dl. II p. 202). Wel wordt het bestaan van het eigendomsrecht des eischers ontkend, maar dat bestaan is niet grondslag der revindicatie. Wie betaling eener schuld beweert, ontkent eveneens het bestaan der verbintenis en voert toch geene verwering ten principale.

[2]) Wel ontkent de gedaagde het bestaan der door eischer beweerde rechtsgevolgen, doch dat is juridisch irrelevant, daar alle beweringen der partijen op feiten betrekking hebben.

[3]) „Merkmalbejahende Behauptung", BETZINGER, p. 299.

[4]) Bij de Nederlandsche schrijvers heet de relatieve ook wel „gequalificeerde" ontkenning (Einrede, WETZELL p. 157, qualifizirte Negation, UNGER p. 473 v.). Men verwarre dit niet met wat in de Duitsche litteratuur „qualifizirte Verneinung", of „qualifizirter Widerspruch" UNGER t. z. p.) heet. Daarmee is bedoeld, wat de gemeenrechtelijke leer eene negatio per positionem noemde, n.l. een bepaalde vorm der absolute ontkenning (zie beneden). Vgl. WETZELL, p. 157 noot 3.

[5]) De bijvoeging *„absolute"* ontkenning is overbodig, waar de „relatieve" vervalt.

of verdediging ten principale. De juistheid der feiten, die den grondslag der vordering (of der exceptieve verwering) uitmaken, wordt door den gedaagde (resp. eischer) ontkend [1]). Door deze ontkenning laadt niemand risico op zich, veeleer bewerkt hij, dat nu voor de tegenpartij de eigenlijke bewijslast ontstaat ten aanzien der door haar beweerde en thans betwiste feiten. Immers deze, niet de ontkennende partij, is het, die zich op een rechtsvoorschrift beroept. Deze laatste behoeft niets te bewijzen; slaagt de ander in het bewijs der feiten, die den grondslag der vordering (of verdediging) vormen, niet, dan wint de ontkennende partij het proces, „et si nihil ipse praestat”.

Deze ontkenning nu kan in den vorm van een eenvoudig „het is niet waar” geschieden. Veelal echter zal de loochenende gedaagde zijne ontkenning kleeden in den vorm eener positieve bewering, n.l. van de waarheid van met de door eischer aangevoerde onvereenigbare feiten [2]). Zij geeft den rechter hare beschouwing omtrent het voorgevallene: „res non sic, sed aliter gesta est”.

Zijn die met de door eischer aangevoerde tegenstrijdige feiten nu geene bestanddeelen van een rechtsvoorschrift (bijv. een alibi tegenover de bewering, dat partijen op een be-

---

1) De ontkenning van het rechtelijk element (zie Faure t. a. p.) van den grondslag der vordering of verwering is weder irrelevant, en zelfs volkomen overbodig. Hebben de aangevoerde feiten het beweerde gevolg niet, dan kan zelfs geen door de tegenpartij gedane referte aan het oordeel des rechters de afwijzing of veroordeeling beletten: art. 48 W. v. B. R. (vgl. Maxen p. 17, die van „scheinbare Negation” spreekt). Daarmede is natuurlijk niet gezegd, dat het niet gepast of gewenscht kan zijn, dat de partij of haar advocaat den rechter rechtsbeschouwingen voordraagt, niet om dezen het recht te leeren, maar: „pour rechercher l'application, souvent fort délicate, des principes généraux de la législation à l'espèce qui leur est soumise”. (Bonnier I p. 3).

2) zgn. „negatio per positionem alterius” of (ten onrechte): „exceptio rei non sic sed aliter gestae”.

Zie Faure I, p. 310 regel 1—5 v. boven, Rosenberg, p. 61 v. v., Betzinger p. 315 vv., Maxen p. 102.

paalde plaats en tijd eene overeenkomst sloten), dan is verwarring met de exceptieve verwering niet mogelijk en ziet men gemakkelijk in, dat men met eene ontkenning te doen heeft. De gedaagde zal dan ook zijne bewering, dat hij elders geweest is, niet behoeven te bewijzen, evenmin als wanneer hij zich tot een enkel „neen" had bepaald; immers de bewering van een alibi is de nader gemotiveerde ontkentenis van een feitelijk bestanddeel van het den eischer gunstig voorschrift, het aangaan der overeenkomst. Het kan echter ook voorkomen, dat de gedaagde beweert, dat tusschen hem en eischer wel een rechtsbetrekking bestaat, doch eene andere dan door eischer is gesteld. Voert de gedaagde zijne verdediging door het bestaan dier andere rechtsbetrekking vol te houden, dan beweert hij daarmede — daar iedere rechtsbetrekking op een rechtsvoorschrift steunt — dat de feitelijke bestanddeelen van een ander rechtsvoorschrift aanwezig zijn, dat dit voorschrift toepasselijk is en dus den eischer zijn eisch niet kan volgen. Een voorbeeld hiervan is het genoemde geval, dat de eischer ageert tot de teruggave van geleend geld en de gedaagde wel de ontvangst erkent, doch beweert het geld ten geschenke te hebben gekregen. Beroept de gedaagde zich nu niet op de voorschriften betreffende de schenking, die het niet verplicht zijn tot teruggave ten gevolge hebben? Beweert hij niet, dat het geld „onherroepelijk" is afgestaan en dus niet terug geëischt kan worden (art. 1703, 1°. B. W.)?

Het schijnt althans zoo, en op hem zou dan ook de bewijslast moeten rusten, dat eene schenking heeft plaats gehad [1]).

Toch blijkt bij nadere beschouwing, dat dit niet het geval is en dat het opleggen van den bewijslast aan den gedaagde

[1]) Aldus BECKH, p. 201, op grond echter van een tegen den animus donandi bestaand vermoeden.

een miskenning zou zijn van de verhouding tusschen de ingeroepen voorschriften (art. 1791 en 1703 B. W.).

Had de gedaagde een beroep gedaan op betaling, dus op art. 1417 B. W., niemand zou geaarzeld hebben hem den bewijslast op te leggen [1]. Zijne bewering ware dan geweest: ik geef toe, dat te uwen gunste het rechtsvoorschrift, waarop ge u beroept (art. 1791 B. W.), in werking is getreden, maar ik beroep mij daartegenover op het ingrijpen van een ander voorschrift, welks feitelijke bestanddeelen met het uwe vereenigbaar zijn en dat aan het uwe zijn gevolg ontneemt (exceptieve verwering). Geheel anders is het echter, wanneer tegenover de actie uit verbruikleening schenking wordt beweerd. Wel wordt dan de ontvangst van het geld erkend, maar geen enkel rechtsvoorschrift verbindt aan de enkele ontvangst eener geldsom het ontstaan eener verplichting tot teruggave. De overgave eener geldsom kán zijn het aangaan eener verbruikleening, doch evenzeer betaling eener schuld, bewaargeving of schenking. De enkele overgave vormt dus geen voldoenden grondslag voor eene vordering tot restitutie, de verplichting tot teruggave wordt door de wet slechts verbonden aan de overgave met beding („onder voorwaarde", art. 1791) van teruggave. De eischer nu heeft alle bestanddeelen van het door hem ingeroepen voorschrift te bewijzen: blijkt niet, dat het geld is gegeven met de bedoeling, dat het zou worden gerestitueerd, dan moet de eisch worden ontzegd. Geeft de gedaagde de ontvangst toe, doch beweert hij, dat eene schenking heeft plaats gevonden, dan erkent hij één deel van den grondslag der vordering, doch ontkent het andere. Het eerste deel, de ontvangst, is erkend en staat dientengevolge vast; het tweede, de „animus

[1] Daarentegen is volkomen gelijksoortig het geval, dat de gedaagde antwoordt: ik heb het geld wel ontvangen, maar niet te leen, doch als voldoening eener reeds bestaande schuld.

credendi", is betwist en daardoor bewijsbehoevend geworden. De gedaagde had evengoed kunnen zeggen: ik heb het geld ontvangen, doch niet met de bedoeling, dat het zou worden teruggegeven. Eenvoudiger is het natuurlijk te zeggen: het geld is mij geschonken. Of nu de gedaagde het één zegt of het ander, is voor den bewijslast van geen belang. Door het beroep op een contradictoir voorschrift wordt een feitelijk bestanddeel van het den eischer gunstig voorschrift betwist, en hij, eischer, moet het nadeel lijden, zoo het nu niet geconstateerd kan worden.

Of werkelijk eene schenking is gedaan, is voor het bestaande geding slechts van ondergeschikt belang [1]. Zelfs indien — wat voor de afwijzing der vordering van art. 1791 niet eens noodzakelijk is — de gedaagde de schenking bewees, zou dit nog geen ander gevolg hebben, dan dat de eisch uit verbruikleening werd afgewezen. De schenking en de verbruikleening zijn tegenstrijdige feiten: zij kunnen niet gezamenlijk hebben plaats gehad, zooals verbruikleening en betaling; en daar de basis van het proces door de vordering des eischers wordt gelegd, is de vraag, die allereerst te beslissen valt, steeds deze: is er eene overeenkomst van verbruikleening gesloten? Of een schenking plaats vond, kan alleen van secundair belang zijn, n.l. inzoover daaruit volgt, dat geene verbruikleening is aangegaan. En dit moet toch vaststaan voor toewijzing der vordering: de bewijslast rust dus op den eischer en niet op den gedaagde, die zich tot een — zij het gemotiveerde — ontkenning bepaalt.

Biedt niettemin de gedaagde bewijs der schenking aan en wordt hij daartoe toegelaten, dan levert hij tegenbewijs, eventueel vervroegd tegenbewijs, indien de verbruikleening nog niet door den eischer is bewezen. Ook dan rust op hem

[1]) Betzinger, p. 316 noot 3, Wach, p. 48 sub d.

geenerlei bewijslast. Dit is ook van practisch belang, omdat zelfs bij een vervroegd aanbod van tegenbewijs twijfel niet op hem, maar op den eischer neerkomt [1]). Het tegenbewijs is dus reeds gelukt, zoodra het den rechter twijfelachtig voorkomt, of eene verbruikleening gesloten is, zonder dat het noodig is, dat hij van het bestaan eener schenking overtuigd is [2]). Want zoodra de overtuiging des rechters, dat er is geleend, door de bewijsvoering des gedaagden ook maar licht aan het wankelen is gebracht — en dit is reeds het geval, indien hij de bedoeling om te schenken ook maar even aannemelijk heeft gemaakt — staat de verbruikleening niet positief meer vast, art. 1791 blijft buiten toepassing en de vordering moet worden afgewezen. De gedaagde heeft dan gewonnen spel, omdat een feitelijk bestanddeel van het door den eischer ingeroepen art. 1791: het beding van teruggave, tengevolge van het definitief resultaat der bewijsvoering, niet als vaststaande kan worden beschouwd. Rustte op den gedaagde de bewijslast der schenking, dan zou hij alleen dan in het gelijk kunnen gesteld worden, wanneer het hem gelukte den rechter te overtuigen, dat eene schenking had plaats gegrepen, zonder dat het voldoende zou zijn het bestaan eener andere overeenkomst twijfelachtig te maken [3]).

FAURE [4]) handelt dan ook m. i. minder juist, wanneer hij bij de bespreking van den omvang van den bewijslast, het volgende schrijft: „feiten welke onbestaanbaar zijn met die, welke voor het ontstaan van een recht worden bewezen, feiten welke het

---

[1]) Zie Hoofdstuk III, § 2.

[2]) ROSENBERG, p. 62; FITTING, p. 62.

[3]) Onjuist is dan ook de stelling van BETZINGER (pag. 317), dat het practisch onverschillig is, of men eene door den gedaagde ondernomen bewijsvoering als tegenbewijs dan wel als bewijs van een feitelijk bestanddeel van een negatief-werkend voorschrift opvat.

[4]) IV[1], p. 26, p. 27 laatste al.

ontstaan van het beweerde recht zouden hebben kunnen verhinderen of het ontstaande doen tenietgaan, moeten bewezen worden door hem, die zich daarop ter bestrijding van het beweerde recht beroept." Op zich zelve is dit zeker waar, maar feiten, welke onbestaanbaar zijn met die, welke voor het ontstaan van een recht worden bewezen, dus met den grondslag der vordering, behooren in een beschouwing omtrent den omvang van den bewijslast in het geheel niet thuis. Hier is sprake van eene tegenbewijsvoering, niet van bewijslevering van feiten, waarvan men den bewijslast draagt. Wie feiten beweert, welke met de voor het ontstaan van een recht bewezene onvereenigbaar zijn, roept nooit de gevolgen van een negatief-werkend rechtsvoorschrift voor zich in, doch ontkent veeleer een feitelijk bestanddeel van het door den eischer ingeroepene. Hij is wel in de practische noodzakelijkheid om tot een bewijsvoering over te gaan, doch die bewijsvoering heeft niet ten doel toepassing van een hem gunstig rechtsvoorschrift mogelijk te maken, doch de toepassing van een voor de tegenpartij gunstig voorschrift te beletten. En dit toont juist aan, dat men met tegenbewijs, niet met bewijslast te doen heeft. Het beroep op een contradictoir voorschrift is dus een geval van ontkenning, het bewijs der bestanddeelen er van tegenbewijs.

§ 5.

Noch suppletoire, noch accessoire, noch contradictoire voorschriften leveren dus de verhouding op van negatieve tot positieve werking, die den grondslag uitmaakt van de verdeeling van den bewijslast. Wij zullen thans trachten vast te stellen, tusschen welke rechtsvoorschriften die betrekking wél bestaat [1]).

[1]) Vg. Fitting p. 40 v. v. 47 v. v. en Levy-Opzoomer, deel XII p. 42—47; Kress pag. 59, Rosenberg pag. 58 v.

De rechtsorde kan hare taak, het bepalen der juridische gevolgen van alle zich in het werkelijke leven, in onbegrensd getal en in de grootste verscheidenheid voordoende omstandigheden, slechts vervullen, door groote groepen dier omstandigheden, ook al vallen die niet geheel met elkaar samen, onder de heerschappij te brengen van dezelfde algemeene regels. Die algemeene regels werden somtijds in dezelfde, somtijds echter ook in tegengestelde richting, zoodat, hoewel de feiten, waaraan de éene regel een zeker gevolg verbindt, hebben plaats gegrepen, dit gevolg toch niet intreedt tengevolge van de negatieve werking van een anderen regel. Naast de feitelijke bestanddeelen van den eersten regel kunnen n.l. nieuwe feiten hebben plaats gehad [1]), waaraan een tweede het gevolg verbindt, dat die eerste regel niet in werking treedt of zijne werking verliest. Een bepaald geval dus, dat bij den eersten aanblik door een zeker rechtsvoorschrift beheerscht schijnt te worden, blijkt bij nadere beschouwing door een ander voorschrift aan de werking van het eerste te worden onttrokken. Wie van een ander geld te leen heeft ontvangen, is volgens art. 1791 tot restitutie verplicht. Die verplichting bestaat echter niet, wanneer de terugbetaling is geschied. Wel blijft art. 1791 dan op het geval toepasselijk, maar eveneens grijpt thans art. 1417 in, dat aan de terugbetaling de opheffing van het door art. 1791 gevestigd rechtsgevolg verbindt. De bestanddeelen van art. 1417 zijn dezelfde [2]) als die van art. 1791, doch vermeerderd met een nieuw, n.l.

---

[1]) Die nieuwe „feiten" kunnen ook bestaan in eene enkele eigenschap der gemeenschappelijke feitelijke bestanddeelen: alle zaken zijn vindicabel (art. 629), roerende zaken niet (art. 2014); hier is het roerend-zijn het nieuwe „feit". Noodig is dus niet eene zelfstandige gebeurtenis, opdat een rechtsvoorschrift de werking van een ander kan opheffen, wél een nieuwe feitelijke omstandigheid.

[2]) Men denke zich art. 1417 gespecialiseerd. De feiten, hier: verbruikleening, waaraan eenig voorschrift een recht van vorderen verbindt, hebben dat gevolg niet enz.

de terugbetaling d. w. z. juist de voorwaarde, waaronder de feitelijke bestanddeelen van art. 1791 het gewone gevolg niet hebben. De feitelijke bestanddeelen van de artt. 1791 en 1417 zijn dus vereenigbaar, doch hunne rechtsgevolgen tegengesteld. Men zegge nu niet, dat door de terleengeving een verbintenis is ontstaan en deze door de betaling is teniet gegaan, het zou dan schijnen, alsof met de betaling alles, ook de voorafgegane verbruikleening ware ongedaan gemaakt. Tengevolge der betaling grijpt een nieuw voorschrift in, dat door zijne repressieve werking het gevolg van het andere te niet doet. Evenzoo kan het intreden van het gevolg door een voorschrift aan zekere feiten verbonden, onmiddellijk tegelijk met het plaats grijpen dier feiten, door de werking van een ander voorschrift worden verhinderd.

Zoo is bijv. de kooper volgens art. 1493 (vgl. 1549 B. W.) verplicht tot betaling van den koopprijs, met de overeenkomst ontstaat dus voor den verkooper een recht van vorderen. Volgens art. 1368 bestaat dit recht echter niet, indien de verkochte zaak buiten den handel is: de overeenkomst is in dat geval nietig en brengt dus geene rechtsgevolgen teweeg. Het voorschrift van art. 1368 treedt onmiddellijk het positief-werkende voorschrift in den weg en verhindert het intreden van het rechtsgevolg. De geschetste eigenaardige verhouding, zooals die bestaat tusschen verhinderende en positief-werkende voorschriften (b. v. art. 1493 en 1368 B.W.) kunnen wij karakteriseeren als die van REGEL TOT UITZONDERING.

Indien bepaalde omstandigheden aanwezig zijn, treedt naar het regelvoorschrift een zeker rechtsgevolg in. Dit voorschrift roept een zekere bevoegdheid in het leven, vestigt een zekere rechtsbetrekking (vdr. „positief-werkend" voorschrift). Het kan echter gebeuren, dat bij die omstandigheden, later of onmiddellijk, nieuwe feitelijke elementen komen, waarmede

de algemeene regel geene rekening hield, doch die het wenschelijk maken, het geval aan de werking van den regel te onttrekken. Om dat te bereiken, stelt de wetgever uitzonderingsvoorschriften op, welker feitelijke bestanddeelen naast die van het regelvoorschrift nog nieuwe elementen bevatten, welker geldigheids-gebied derhalve — wegens den grooteren omvang der feitelijke vereischten — beperkter is dan die van het regelvoorschrift, doch die, zoodra ze in werking treden, dat regelvoorschrift, duurzaam of tijdelijk, krachteloos maken („negatieve werking"). Eindelijk kan ook de negatieve werking weder genegeerd worden: het kan wenschelijk zijn een geval, dat, zoo het recht niets anders bepaalde, onder het uitzonderingsvoorschrift zou vallen, weder onder de heerschappij van den regel terug te brengen, omdat weder nieuwe feitelijke omstandigheden zich daarbij voordoen, welke, naar het oordeel van den wetgever, het maken van eene uitzondering op de uitzondering, dus een terugkeer tot den regel rechtvaardigen. Deze wisselwerking der rechtsvoorschriften, die zich in het proces in de verhouding van eisch, exceptie, repliek etc. terug laat vinden, kan zich natuurlijk nog verder voortzetten en nog fijner vertakken.

Dat deze processueele rolverdeeling een gevolg is van de wisselwerking der voorschriften en hunne verhouding als van regel tot uitzondering, wordt eigenlijk reeds door FAURE geleerd, wanneer hij schrijft, dat van hem, die den regel voor zich inroept, geen bewijs wordt verlangd van het niet-bestaan van zoodanige feiten, waaraan de wet een uitzondering op den regel verbindt [1]). Maar een voor alle gevallen afdoende verklaring hiervan vindt men toch eerst door uit te gaan

---

[1]) IV¹ p. 26; I, p. 305, alwaar o. a. de redactie van art. 1531 B.W. en de daarin voorkomende uitdrukking „ten ware" door FAURE als grond voor zijne bewijslastverdeeling worden ingeroepen.

van de noodzakelijkheid van het vaststaan der feiten voor de toepassing van een voorschrift.

Ziehier nog eenige voorbeelden aan het B. W. ontleend: volgens art. 1528 is de verkooper van rechtswege, d.i. uit kracht der enkele overeenkomst, verplicht den kooper te waarborgen voor de uitwinning van het verkochte goed en dus, ingeval van uitwinning, tot schadevergoeding, op de wijze bij art. 1532 nader omschreven, gehouden. Dat is de wettelijke r e g e l. Doet zich echter de verdere omstandigheid voor, dat de verkooper bedongen heeft dat hij tot geene vrijwaring hoegenaamd zal gehouden zijn, dan bestaat de genoemde verplichting niet. Dit bepaalt art. 1529 als uitzondering op art. 1528.

Een uitzondering op art. 1529 zelve vormt eindelijk art. 1530 B.W. luidende: alhoewel moge bedongen zijn, dat de verkooper tot geene vrijwaring zal gehouden zijn, blijft hij nochtans aansprakelijk voor de zoodanige, welke uit eene daad, door hem zelven verrigt, voortspruit. In dit geval keert de wet tot den regel: verplichting tot schadevergoeding, terug.

Volgens art. 1549 is de kooper verplicht tot de betaling van den koopprijs. Uitzondering op dezen regel vormt art. 1482, bepalende, dat de verbintenissen en dus ook een koopcontract, aangegaan door onbekwame personen, ongeldig zijn. In art. 1492 keert de wet weer tot den regel terug, voorgeval de verbintenis na opheffing van den grond van onbekwaamheid, door de thans bekwame partij bekrachtigd is: de overeenkomst heeft dan weder volledig rechtsgevolg.

Vergelijk ook artt. 1480 lid 1, art. 1273, 2e zinsnede en art. 1480, lid 2: hier is de vertakking nog fijner, want art. 1480 lid 1 is al weer zelve negatief-werkend tegenover het voorschrift, dat de verbintenis tengevolge had; bijv. art. 1777 B. W. Verdere voorbeelden zal de lezer gemakkelijk zelve kunnen vinden. Achterstaand schema moge de verhouding der verschillende rechtsvoorschriften verduidelijken:

VOORSCHRIFT.	FEITELIJKE BESTANDDEELEN.				RECHTSGEVOLG.
	1.	2.	3.	4.	
Art. 1528 (regel)	koop	uitwinning	—	—	verplichting tot schadevergoeding.
„ 1529 (uitzondering)	koop	uitwinning	beding van niet-aansprakelijkheid	—	geene verplichting tot schadevergoeding.
„ 1530 (terugkeer tot den regel)...........	koop	uitwinning	idem.	eigen daad des verkoopers	wél verplichting tot schadevergoeding.
	1.	2.	3.		
Art. 1549 (regel)	koop	—	—		verplichting tot betaling.
„ 1482 (uitzondering)	koop	onbekwaamheid	—		gééne verplichting tot betaling.
„ 1492 (terugkeer tot den regel)	koop	onbekwaamheid	bekrachtiging		wel verplichting tot betaling.
	1.	2.	3.	4.	
Art. 1777 (regel)	bruikleening	—	—	—	verplichting tot teruggave.
„ 1480 (uitzondering)	bruikleening	ondergang der zaak door toeval	—	—	gééne verplichting tot teruggave.
„ 1273 2º (terugkeer tot den regel)	bruikleening	idem.	nalatigheid	—	wél verplichting tot teruggave.
„ 1480 2º (terugkeer tot de uitzondering)..	bruikleening	idem.	nalatigheid	de zaak zou ook bij den crediteur vergaan zijn	geene verplichting tot teruggave.

Elk uitzonderingsvoorschrift bevat een met de bestanddeelen van den regel vereenigbaar nieuw element, elke terugkeer tot den regel weer een bestanddeel meer dan het uitzonderingsvoorschrift, en zoo voort. Het resultaat van de wisselwerking der voorschriften is in de rubriek „rechtsgevolg" te vinden en is bij ieder voorschrift tegengesteld aan het voorafgaande.

De geheele rechtsorde nu is niets anders dan een kunstig samenweefsel van regel- en uitzonderingsvoorschriften, of zooals FITTING [1]) teekenachtig zegt: „ein Grundstock allgemeiner Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine grosse Menge immer feiner sich verästelnder Ausnahmen". Bij de regeling der verhoudingen en toestanden, die zich in het werkelijke leven voordoen, dus bij het opstellen van algemeene regels, welke die verhoudingen zullen beheerschen, neemt de wet dat, wat zij als normaal beschouwt, tot uitgangspunt [2]). Hare voorschriften zijn allereerst gericht op het regelmatige d. w. z. wat de wetgever regelmatig acht. Het normale rechtssubject is de meerderjarige man, normaal rechtsobject is de zaak in den handel, normaal is, dat de wilsverklaring met den innerlijken wil overeenstemt,

---

1) Pag. 48, vgl. LEVY-OPZOOMER, p. 42—47, CÜPPERS, p. 71.

2) Een rechtsvermoeden voor de afwezigheid van uitzonderingsgevallen ligt daarin niet; toch leest men vaak in litteratuur en rechtspraak overwegingen, die aan een vermoeden doen denken, terwijl er in werkelijkheid slechts van regel en uitzondering sprake is: ASSER III, p. 101, spreekt op grond van art. 1600 B.W. van een wettelijk vermoeden ten nadeele van den huurder. Minder duidelijk uitgesproken, ligt toch dezelfde onjuiste opvatting ten grondslag aan het arr. H. R. van 28 Maart 1873 W. 3577, beslissende, dat volgens art. 1 der Spoorwegwet, tegen den gewonen regel, behoudens tegenbewijs is aan te nemen, dat de aldaar bedoelde schade aan de schuld der onderneming of hare beambten is toe te schrijven. Vg. nog ASSER III, p. 61 („wettelijk vermoeden tegen de hoofdelijkheid", art. 1318 B. W.), BETZINGER p. 258 noot 5 (vermoeden vóór de naturalia negotii) enz.

dat men gezond van zinnen is, enz. Voorzoover de wettelijke bepalingen zich niet in het bijzonder inlaten met uitzonderingsgevallen, zijn zij op het regelmatige gericht en luiden dus algemeen; de aanwezigheid van regelmatige toestanden wordt niet uitdrukkelijk als vereischte genoemd. Speciale bepalingen integendeel strekken tot terzijdestelling van den regel in geval daartoe grond bestaat, indien nl. een van het regelmatige afwijkende omstandigheid aanwezig is. Voor minderjarigheid, krankzinnigheid, dwaling e. a. gelden bijzondere voorschriften.

Op dezen grondslag (niet op de numerieke verhouding) rust de onderscheiding van regel- en uitzonderingsvoorschriften. De voor de regelmatige toestanden geschreven regels gelden, — op grond van hun algemeen karakter — zoolang zij niet door andere regels worden uitgesloten, hetgeen het geval is, wanneer van den regel afwijkende omstandigheden zich voordoen. Zijne opvatting omtrent het normale ontleent de wetgever aan de maatschappelijke verhoudingen, aan het werkelijke leven van zijn tijd. Hij kan in verband met den tegenwoordigen stand der beschaving iets als normaal beschouwen, wat in een vroegere maatschappij allerminst regel heeten kon. Heden is de meerderjarige man het normale rechtssubject, in de toekomst misschien ook de vrouw. Wordt de vrouw met den man als rechtssubject gelijkgesteld, dan blijven de algemeene rechtsvoorschriften onveranderd bestaan, slechts de bijzondere, thans voor het vrouwelijk geslacht geschreven uitzonderingsbepalingen zullen komen te vervallen.

De uitlegger heeft zich bij de opvatting des wetgevers neder te leggen. Moge zijne meening omtrent hetgeen als regel te beschouwen is, ook van die des wetgevers afwijken, hij is aan de onderscheiding der wet gebonden, voor hém is het slechts de vraag, wat de wet als norm en wat zij als uitzondering beschouwt. Zijn taak is een criterium te

vinden om uit de positieve wet die opvatting des wetgevers te leeren kennen, een taak, die, waar de wetgever zich niet opzettelijk van bepaalde uitdrukkingen bedient, om zijne bedoeling te kennen te geven, dikwijls met groote moeilijkheden verbonden is.

Hebben wij echter vastgesteld, dat tusschen bepaalde rechtsvoorschriften de bedoelde wisselwerking bestaat, dan kan de verdeeling van den bewijslast niet moeilijk meer zijn. Gelijk blijkt uit bovenstaande tabel, is elk uitzonderingsvoorschrift gunstig voor de tegenpartij van hem, die zich op den regel beroept, elke terugkeer tot den regel weder voor dezen laatste. *Die zich beroept op het regelvoorschrift, draagt het nadeel, indien de feitelijke bestanddeelen daarvan niet geconstateerd worden, hetzelfde geldt voor hem, die het uitzonderingsvoorschrift voor zich inroept, met betrekking tot de nieuwe feitelijke elementen daarvan.* Van déze feiten komt het twijfelachtig blijven op ééne, van de eerste op de andere partij neer. De éénzelvigheid van de vraag naar den bewijslast en die naar het „wat moet bewezen worden" [1]) komt hier duidelijk uit: de feitelijke bestanddeelen van het regelvoorschrift moeten vaststaan voor een veroordeelend, die van het uitzonderingsvoorschrift voor een afwijzend vonnis. Staan zij niet vast, dan treft het nadeel hem, die zich op het voorschrift beroept. Komt het tot een bewijsvoering, dan kan men zeggen: de feitelijke bestanddeelen van elk voorschrift moeten worden bewezen, en wel dóór hem, die zich op het voorschrift beroept.

---

[1]) Vg. FAURE IV[1] p. 10; UNGER p. 563 noot 23; VON CANSTEIN, Lehrb. p. 273 v. v.; ROSENBERG, pag. 75.

§ 6.

De eischer, die van den rechter eene uitspraak vraagt, welke een verandering in den bestaanden toestand mede brengt, moet natuurlijk steeds een positief-werkend voorschrift inroepen, waarop zijn verlangen steunt en draagt dus ook altijd in de eerste plaats het risico te worden afgewezen, indien de door dat voorschrift geëischte feiten niet vaststaan [1]. Een uitzondering hierop vormen alleen de exceptioneele gevallen, waarin een buitengewone verschuiving der partijrollen bestaat en het eigenlijk de gedaagde is, van wie de werkelijke aanval uitgaat. Zoo heeft bijv. tengevolge van het instellen van hooger beroep [2] door een in eersten aanleg veroordeelden gedaagde een verwisseling der partijrollen plaats: de geïntimeerde is het, die, formeel gedaagde, toepassing van een rechtsvoorschrift verlangt. Hetzelfde vindt men in het geding tot opheffing eener gedane stuiting [3], in geval van verzet tegen een verstekvonnis [4] of tegen de executie van een vonnis [5], in de gedingen over de heffing

---

[1] De onaantastbaarheid van den status quo is een gevolg van de noodzakelijkheid van het vaststaan der feiten en dus van den bewijslast, niet deze omgekeerd een gevolg van die onaantastbaarheid, zooals vaak (MARCADÉ, p 1—5 en v.; BONNIER, I p. 30; BECKH, p. 15 v. v.) wordt beweerd.

[2] FAURE, V, pag. 6, 7, 46.

[3] Omdat de stuiting nl. haar gevolg van zelf medebrengt en dus hem, tegen wie zij gericht is, noodzaakt tot het instellen eener vordering. DIEPHUIS IV, p. 71.

[4] FAURE, V, pag. 26.

[5] bijv. indien een vonnis tegen de rechtverkrijgenden van den veroordeelde wordt ten uitvoer gelegd; hier moet de executant bewijzen, dat de geëxecuteerde in de verplichtingen van den veroordeelde getreden is (Hof den Haag, 27 Feb. 1888; P. v. J. 1888 No. 40). Ingeval van art. 456 B. R. rust natuurlijk de bewijslast op den eischer-opposant (Rb. Sneek 7 Mei 1868 W. 3033).

van het registratierecht [1]), bij de in § 256 C. P. O. erkende vordering tot verklaring van het niet bestaan van een recht, („negative Feststellungsklage"). In al deze gevallen rust dan ook de bewijslast op den gedaagde.

In normale gevallen echter is het de eischer, die, zich op een positief-werkend voorschrift beroepende, de feitelijke bestanddeelen van dat voorschrift, den grondslag zijner vordering, heeft waar te maken. Gelukt hem dat niet, dan verliest hij onvermijdelijk het proces; slaagt hij daarin, dan wint hij het, ook al is de afwezigheid van uitzonderingsgevallen niet geconstateerd. Voor de toepassing van een uitzonderingsvoorschrift zou de aanwezigheid daarvan immers positief moeten vaststaan. Van den eischer wordt niet meer gevergd dan het bewijs der omstandigheden, waaraan een rechtsvoorschrift, als regel, het bestaan zijner vordering verbindt. Niet omdat de billijkheid verbiedt hem met het bewijs van meerdere feiten te belasten, niet ook, omdat de afwezigheid van uitzonderingsgevallen wordt vermoed, maar omdat indien die omstandigheden hebben plaats gehad, toepassing van het voorschrift, dat enkel dááraan het beweerde gevolg verbindt, moet volgen [2]). De wet zelve is het, die hem, onder voorwaarde van het aanwezig zijn dier omstandigheden, zijne vordering geeft.

Nu is het zeker waar, dat al kent dat éėne voorschrift den eischer het recht toe, andere rechtsvoorschriften kunnen ingrijpen en hem dat recht ontnemen. Plaatst men zich op een materieelrechterlijk standpunt, dan kan men zeggen: voor het werkelijk bestaan eener rechtsvordering is ook het

---

1) FAURE, II, pag. 181, Rb. Amsterdam 11 Oct. 1865 R. Bijblad 1866 p. 70. (Zie de aanteekening van FAURE t. z. p.).

2) Vg. de conclusie van den proc.-gen. behoorende bij het arr. H.R. 13 Dec. 1895 W. 6749, aangaande art. 1588 B. W. De proc.-gen. betoogt met zoovele woorden, dat alleen de feiten in art. 1588 vermeld, voor de toewijzing der vordering moeten blijken.

niet-ingrijpen van negatief-werkende voorschriften vereischt. Voor het bestaan eener geldige verbintenis uit overeenkomst moeten partijen handelingsbevoegd geweest zijn, voor de aansprakelijkheid wegens uitwinning is noodig, dat deze niet bij overeenkomst is uitgesloten. De eischer mag volstaan met zich op een hem gnnstig voorschrift te beroepen, in werkelijkheid heeft hij toch slechts een recht, indien dat voorschrift niet door andere van zijne werking wordt beroofd. De systemen van het privaatrecht vatten het resultaat van de werking van verschillende rechtsvoorschriften tot „subjectieve rechten" samen, en beschouwen de verschillende vereischten voor het bestaan van zulk een recht als gelijkwaardig. In denzelfden gedachtengang beweegt zich onze wetgever, waar hij in art. 1356 B. W. voor de bestaanbaarheid (lees: geldigheid) eener overeenkomst naast „een bepaald onderwerp" (3°) ook de bekwaamheid der partijen om eene verbintenis aan te gaan (2°) als vereischte stelt. [1]) Doch deze denkwijze is zuiver materieelrechterlijk, de processualist kan zich niet op hetzelfde standpunt plaatsen [2]) Voor hem zijn de verschillende vereischten voor het „bestaan" van een recht of vordering evenzoovele feitelijke bestanddeelen van positief- en negatief-werkende, nu eens den eischer, dan weer den gedaagde gunstig luidende rechtsvoorschriften. Hém mag het niet ontgaan, dat, mogen ook verschillende elementen voor het werkelijk bestaan van een recht noodzakelijk zijn, zij in het proces toch niet op ééne lijn kunnen worden gesteld.

Niet zonder grond, ook niet enkel om redenen van opportuniteit of systematiek, stelt de rechtsorde hare bepalingen zóó op, dat ze elkaar nu eens aanvullen, dan weder bestrijden, beurtelings geven en terugnemen, soms den aan-

---

[1]) Ook No. 1 is niet boven bedenking verheven, de toestemming behoeft niet altijd te blijken, want de ged. bewijst bijv. het misverstand.

[2]) ROSENBERG, Archiv, pag. 18.

valler, soms den verweerder ondersteunen. De wet denkt daarbij reeds aan het proces en aan de verdeeling van het risico, verbonden met het niet vaststaan der feiten. Het trekt het geraamte van het proces, zijne indeeling in aanval, verwering, repliek enz., zonder op bepaalde partijverhoudingen te letten, reeds bij voorbaat, door de redactie en systematiseering van het materiëele recht zelve, op; het zegt daarmede reeds implicite, door welke feiten de bewering van een bepaald rechtsgevolg voldoende is gestaafd, met welke feiten de gedaagde tot het voeren zijner verdediging kan volstaan. De rechtsvoorschriften van het materiëele recht qualificeeren elk rechtsfeit als gunstig of ongunstig voor een bepaald persoon zich door in positieven of negatieven vorm te kleeden. Noemen zij de dwaling als grond van vernietigbaarheid eener overeenkomst, dus als bestanddeel van een negatief-werkend voorschrift, dan luiden zij gunstig voor hem, die de dwaling beweert, dus oplossing der overeenkomst wenscht. Eischen zij daarentegen het niet-aanwezig zijn van dwaling voor de geldigheid eener overeenkomst, is dus het niet-dwalen element van het positief-werkend voorschrift, dan zijn zij hem gunstig, [1]) die uitvoering van het contract verlangt. Tusschen deze beide mogelijkheden kiest het materiëele recht, en in die keuze is een processuëel moment, een rekening houden met de regelen van den bewijslast gelegen. [2]) Die keuze is dan ook beslissend voor de verdeeling van den bewijslast, ze wordt bepaald door de overwegingen boven gemeld en berust op de verhouding van regel tot uitzondering.

De rechter kan het recht slechts toepassen op de in het

---

[1]) Gunstig, d. w. z. den juridischen grondslag vormend zijner bewering. Juist dat „gunstig zijn" echter doet de partij, die zich op het voorschrift beroept, het proces verliezen, indien het feit niet vaststaat.

[2]) WACH, Beweislast, pag. 7.

geding gebrachte en geconstateerde feiten. In het burgerlijk geding zal de eischer het eerst zekere feiten aan zijn oordeel onderwerpen, terwijl het feitenmateriaal later door den gedaagde, daarna misschien weder door den eischer zal worden gecompleteerd [1]). Na afloop van de verzameling der feitelijke gegevens staan in ieder proces, tenzij geen enkel feit geconstateerd kon worden, één of meer feiten vast. Hierop alleen bouwt de rechter zijne beslissing, past hij het recht toe. Bij die toepassing rijst ook de vraag, wien het nadeel treft van het twijfelachtig blijven van een bepaald niet-geconstateerd feit. Om op die vraag een antwoord te geven, heeft de rechter na te gaan, welke rechtsvoorschriften

---

[1]) In dit geding moeten alle feiten, waarmee rekening moet worden gehouden bij de uitspraak, bovendien door partijen zijn gesteld. Een niet-gesteld feit kan noch door bewijs noch anderszins blijken, daar de rechter lijdelijk is; en daar alle feitelijke bestanddeelen van het ingeroepen voorschrift moeten blijken, moeten ze ook alle gesteld worden. Deze aanvoeringslast strekt zich dus juist uit over die feiten, welker niet-vaststaan hém, die ze stelt, het proces zou doen verliezen. Toch is het m. i. niet altijd juist te zeggen, dat die feiten moeten blijken, waarop men zich beroepen moet (FAURE IV[1] p. 27; UNGER, p. 450), daar men zich vaak op feiten zal hebben te beroepen, wier dubieus-blijven juist op de tegenpartij neerkomt, en wel ter wille van de duidelijkheid der conclusie (art. 5[3°], 141 B.R.). Zoo zal de eischer tot ontbinding van een accoord om die reden de niet-voldoening daaraan door den schuldenaar moeten stellen, doch niet bewijzen. (Art. 165 Faill.wet). Dit geldt steeds zoo dikwijls de wet den bewijslast in eenig speciaal geval afwijkend regelt: dan is natuurlijk de verhouding van regel en uitzondering niet meer aanwezig en het aanvoeren der feiten, met welker bewijs men volstaan kan, niet voldoende: hoe zou de rechter zijn vonnis moeten motiveeren, indien ontbinding van het accoord werd geëischt, op grond(?), dat het was aangegaan? Alweer een bewijs, dat de gewone, ook in art. 1902 neergelegde formule: bewijzen moet men de feiten, die men beweren moet, onjuist is. Dat feiten, die men inroept, ook dán moeten worden bewezen, indien men niet den bewijslast draagt, wordt, m. i. geheel ten onrechte, geleerd door HINGST, t. a. p., pag. 253 en OPZOOMER, Aant. p. 242; zie Rb. Winschoten 31 Jan. 1855, W. 1750.

op de vaststaande feiten toepasselijk zijn, m. a. w. van welke voorschriften de feitelijke bestanddeelen in de geconstateerde feiten zijn terug te vinden. Alleen deze past hij toe, omdat hij alleen deze toepassen kan. Allereerst zal hij hebben te beslissen, of eischer den grondslag zijner vordering bewezen heeft en of dientengevolge het voorschrift, waarop deze zich beroept, in werking is getreden. Daarna onderzoekt hij, of ook niet de feitelijke elementen van andere voorschriften zijn geconstateerd, die den strijd ten gunste van den gedaagde beslissen. En zoo groepeert en analyseert hij de vaststaande feiten naar het schema, dat het objectieve recht zelve hem aan de hand doet, om ten slotte te eindigen bij een rechtsvoorschrift, dat in het gegeven geval, de fijnste vertakking van den stamboom heeten kan. De partij, voor wie dat voorschrift gunstig is, heeft, indien alle feitelijke bestanddeelen daarvan in de vaststaande feiten zijn terug te vinden, het proces gewonnen; is ook maar één enkel daarvan dubieus gebleven, dan valt de beslissing te haren nadeele uit [1]). De wijze waarop het objectieve recht op de feiten wordt toegepast, als gevolg van de wisselwerking der voorschriften, bepaalt tevens de verdeeling van den bewijslast.

Deze is een uitvloeisel van hetzelfde beginsel als waarmede het wezen van den bewijslast werd verklaard: geen toepassing van een rechtsvoorschrift, welks feitelijke bestanddeelen niet vaststaan. *Dat is de reden*, waarom de eischer tot staving zijner vordering volstaat met het bewijs der feiten, die het ontstaan daarvan tengevolge hebben, én dat hij deze niet eens alle behoeft te bewijzen. Wie een actie tot teruggave van geleend geld instelt, handhaaft niet een werkelijk bestaand en realiseerbaar recht [2]), hij

---

[1]) ROSENBERG, Archiv, p. 35.

[2]) Reeds VON CANSTEIN, Rationelle Grundlagen, pag. 8, 9.

verlangt ook niet een rechterlijke uitspraak, die het tegenwoordig bestaan van het beweerde recht erkent [1]), maar hij beweert slechts, dat zekere feiten hebben plaats gehad, waaraan volgens een bepaald rechtsvoorschrift de gehoudenheid des gedaagden tot restitutie als rechtsgevolg verbonden is [2]). Hij doet dus genoeg, wanneer hij de feitelijke bestanddeelen van dat voorschrift (art. 1791) waar maakt. Gelukt hem dit, dan staat het objectieve recht aan zijne zijde en is de rechter verplicht hem zijne vordering toe te wijzen. Dit bevel der wet kan alleen door de wet zelve, d. w. z. door een ander rechtsvoorschrift, worden teruggenomen en dit andere voorschrift, waarop de gedaagde zich te beroepen heeft, komt eerst in toepassing, indien zijne feitelijke bestanddeelen vaststaan. Beweert nl. de gedaagde, dat hij ten tijde van het aangaan der leening minderjarig of onder curateele gesteld was, of wel dat hij het geleende reeds heeft gerestitueerd, dan is hij het, die toepassing van nieuwe rechtsvoorschriften (artt. 1482, 1417 B.W.) verlangt. Bij de door eischer bewezen feiten komen volgens hém nieuwe, die het ingrijpen van andere, negatief-werkende voorschriften ten gevolge hebben. Op hem komt het neder, indien die andere feiten niet geconstateerd worden, want dan wordt het eerste voorschrift (art. 1791) als het geval uitsluitend beheerschende beschouwd en blijven de artt. 1482 en 1417 B. W. buiten toepassing. Bepaalt de gedaagde zich daarentegen tot een ontkenning van de bestanddeelen van art. 1791 B. W., beweert hij bijv. het geld nooit ontvangen te hebben of het

---

1) Maxen, pag. 1.

2) Von Canstein t. a. p. noemt dit als gewoonlijk, de „rechtserzeugende Thatsachen", doch definieert deze als: „die Thatsachen, von denen die beanspruchte Rechtswirkung kraft des betreffenden Rechtssatzes abhängt".

ten geschenke te hebben gekregen, dan draagt hij in geen enkel opzicht eenigen bewijslast.

§ 7.

Het komt er dus slechts op aan, in ieder bijzonder geval de verhouding van regel tot uitzondering, van positieve tot negatieve werking te bepalen. Treedt het ééne voorschrift het andere eerst in den weg, nadat dit een tijd lang ongehinderd had gegolden, dan is de afscheiding gemakkelijk, immers reeds door het oogenblik van het intreden zijner werking onderscheidt het negatief-werkende voorschrift zich van het door den eischer ingeroepene, en bovendien pleegt de wet de omstandigheden, waaraan zij het tenietgaan van een rechtsgevolg wenscht te verbinden, steeds in afzonderlijke voorschriften te formuleeren. De moeilijkheid ligt er in de negatief-werkende voorschriften, die onmiddellijk de in-werking-treding van de positief-werkende beletten, van deze laatste af te zonderen. Hunne feitelijke bestanddeelen zijn op hetzelfde oogenblik aanwezig, en ook de wet geeft vaak onvoldoende aanwijzing. Voor het materieele recht is het immers onverschillig, of een feit als voorwaarde voor het ontstaan, dan wel zijn tegendeel als beletsel voor het ontstaan van een recht te beschouwen is.

Inderdaad is voor de splitsing geen ander criterium aan te geven dan het reeds genoemde: de verhouding van regel tot uitzondering [1]). Wanneer deze verhouding

---

[1]) Faure en Goudsmit, t. a. p., Rosenberg, Beweislast p. 65, Bethmann-Hollweg, pag. 350, Wetzell § 17, Unger p. 456 noot 23, Reinhold § 12, Fitting l.c. accepteeren het criterium; Betzinger, p. 309, Kress, p. 42 v. v. verwerpen het. Vóór het criterium: H. R. 30 Dec. 1898 W. 7224 (op art. 345 W. v. K.), Prov. Ger. N. H., 16 Dec. 1869 (W 3206, vgl. Rb. Alkmaar 9 April 1868 W 3110), hetzelfde hof 21

bestaat, is niet in het algemeen te zeggen, doch moet in ieder bijzonder geval, op grond van wetenschappelijke uitlegging der betrekkelijke rechtsvoorschriften worden uitgemaakt. Steeds echter zijn de feitelijke bestanddeelen der beide rechtsvoorschriften met elkaar bestaanbaar, terwijl die van het negatief-werkende één of meer nieuwe elementen bevatten, die het niet-intreden van het rechtsgevolg mede brengen. Een derde voorschrift doet het gevolg weer intreden [1]), wanneer nog meerdere feitelijke omstandigheden aanwezig zijn, die eene uitzondering op de uitzondering rechtvaardigen, enz. Het duidelijkst springt deze verhouding nog in het oog, wanneer de bedoelde voorschriften elk in een afzonderlijk artikel of alinea zijn neergelegd. Wij noemden reeds artt. 1528—1529—1530; 1549 (1791)—1482—1492; enkele verdere voorbeelden zijn nog: artt. 1374—163—164; 1403 lid 2 en 1403 lid 3 tot art. 1403 lid 4; art. 142 lid 1 en 2—lid 3; art. 143 lid 1—lid 2 enz.; artt. 264—271, 273 e. a.; 306 lid 1—lid 2; 362 lid 1—lid 2—lid 3; artt. 366—368, artt. 606—613 lid 2, artt. 1787—1788 B. W. Deze voorbeelden zijn natuurlijk nog tot in het oneindige te vermeerderen.

Vaak echter zijn positief- en negatief-werkend voorschrift in één volzin saamgeweven, en dan ontstaat de vraag of men met een negatief-bepaald feitelijk bestanddeel van een regelvoorschrift of met een ingelascht uitzonderings-

---

Jan. 1858 (W. 1991), Prov. Ger. Gelderland 17 Juli 1851 (W. 1278). Verder: Rb. Breda 7 Dec. 1847 (W. 998, met beroep op een door den „regel" geschapen praesumtio juris), Rb. Amsterdam 25 Feb. 1857 (W. 1868).

[1]) Resp. belet onmiddellijk het niet-ontstaan: ook de „vernichtende" en „hindernde" voorschriften kunnen weer én „gehindert" én „vernichtet" worden, vgl. a. 1482 j° 1492 met 1529 j° 1530 B. W. Art. 1492 treedt later in werking dan art. 1482, artt. 1530 gelijktijdig met art. 1529, n.l. bij de uitwinning.

voorschrift te doen heeft. [1]). In het laatste geval zullen wij de beide voorschriften van elkaar scheiden en ze als twee zelfstandige artikelen naast elkaar plaatsen. Ook hier is natuurlijk de verhouding van regel tot uitzondering uitgangspunt.

Art 91 W. v. K. betreffende de aansprakelijkheid van voerlieden en schippers, rivieren en binnenwateren bevarende, luidt: „De voerlieden en schippers moeten instaan voor alle schaden, aan de ter vervoering overgenomene koopmanschappen of goederen overgekomen, uitgezonderd dezulke, die uit een gebrek van het goed zelf, door overmacht of door schuld of nalatigheid van den afzender of expediteur veroorzaakt zijn".

Nu zou men kunnen meenen hier met één positief-werkend voorschrift te doen te hebben, waarbij schippers en voerlieden aansprakelijk worden gesteld voor schade aan het vervoerde goed overkomen onder de mits, dat die schade niet uit eigen gebrek, overmacht, of schuld van den afzender of expediteur voortvloeit. Wie op grond van art. 91 W. v. K. den schipper zou aanspreken, zou dan moeten bewijzen: het vervoerongeluk, de schade als gevolg daarvan, en dat de schade niet aan een gebrek van het goed zelf etc. kan te wijten zijn.

Deze bewijslastverdeeling zou echter beslist onjuist zijn. Art. 91 W. v. K. is niet één positief-werkend rechtsvoorschrift, maar een samenvoeging van twee voorschriften, waarvan het negatief-werkende aan de uitdrukking „uitgezonderd dezulke" duidelijk te kennen is. Het artikel bepaalt, aldus opgevat:

a. Voerlieden en schippers moeten instaan voor alle schaden,

---

1) Betzinger pag. 255 sub 3, die m. i. veel te ver gaat, wanneer hij zegt: „Ueberall, wo wir in einer Gesetzesbestimmung ein negatives Thatbestandsmerkmal (eine negative Voraussetzung) antreffen, haben wir es mit einer versteckten Gegennorm zu thun.... Es handelt sich ja überhaupt nur um den sprachlichen Ausdruck..." Evenals Betzinger ook Fitting, p. 52, 53.

aan de ter vervoering overgenomen koopmanschappen of goederen overgekomen. (regel).

b. Zij zijn niet tot vergoeding gehouden der schaden, die uit een gebrek van het goed zelf, door overmacht, of door schuld of nalatigheid van den afzender of expediteur veroorzaakt zijn. (uitzondering).

Wij zien hier dus een regel- en een uitzonderingsvoorschrift, door de wet in éénen volzin bijeengevoegd. De bewijslast van eigen gebrek, overmacht, schuld van afzender of expediteur rust dus op den schuldenaar (vervoerder) als grond van ontheffing (bestanddeel van een negatief-werkend voorschrift) van de bij het regel-voorschrift in het algemeen vastgestelde aansprakelijkheid.

Hetzelfde geldt natuurlijk ook voor art. 345 al. 2 W. v. K. [1]) Verdere voorbeelden van een dergelijk samenvoegen van positief- en negatief-werkende voorschriften vindt men in art. 1 der Spoorwegwet (9 April 1875, Stb. n°. 67), en in de artt. 921, 1306, 1628 B. W. In art. 502 B. W. vindt men een samenvoeging van uitzondering en terugkeer tot den (in art. 501 gestelden) regel (uitzondering op de uitzondering).

De uitdrukkingen: „uitgezonderd", „tenware", „tenzij", „voorzooverre niet" leiden steeds een uitzonderingsvoorschrift in, zoodat in dat geval de verdeeling van den bewijslast geen bezwaar oplevert. Natuurlijk kunnen bij een zich vér vertakkend complex van elkaar beurtelings opheffende rechtsvoorschriften sommige in een hoofdzin, anderen in een bijzin zijn neergelegd. Hier beslissen eenvoudig taalkundige overwegingen.

Een merkwaardig voorbeeld hiervan en tevens van een zeer fijn vertakte wisselwerking levert art. 953 B. W. Men denke zich hier de verhouding der rechtsvoorschriften als volgt:

---

[1]) H. R. 14 Mei 1858 W. 1960, MOLENGRAAFF, Leiddraad (1899), p 208. In denzelfden zin, op art. 345 W. v. K.: H. R. 30 Dec. 1898 W. 7224 en Rb. Amsterdam 25 Feb. 57 W. 1868.

Art. 1005 B. W. Alle (zuivere en onvoorwaardelijke) legaten geven, van den dag van het overlijden van den erflater af, het recht om de gelegateerde zaak te vorderen....(I)

Art. 953 B. W.: De geneesheeren, heelmeesters en apothekers, welke den erflater gedurende zijne laatste ziekte bediend hebben, kunnen geen voordeel trekken uit door hem, gedurende den loop dier ziekte, gemaakte uiterste wilsbeschikkingen (II); zij kunnen dit echter wél, indien zij bloedverwanten zijn van den erflater tot den vierden graad ingesloten (III), tenzij de overledene erfgenamen in de rechte lijn nalaat (IV), doch ook dán zijn zij weer gerechtigd, indien zij zelven bloedverwant in de rechte lijn zijn (V).

Voor den bewijslast beschouwe men art. 953 dus als een combinatie van vier voorschriften, waarvan de feitelijke bestanddeelen beurtelings door den erfgenaam-gedaagde (II, IV) en door den legataris (III, V) te bewijzen zijn.

In andere gevallen kan de verhouding van positieve tot negatieve werking twijfelachtig zijn, bijv. bij geschil over de deugdelijkheid eener praestatie bij een actie tot ontbinding der overeenkomst. [1]) Is de niet-voldoening bestanddeel van art. 1302 B. W. (in welk geval art. 1302 en art. 1417 contradictoire voorschriften zijn) of beteekent „ingeval ééne der partijen aan hare verplichting niet voldoet" hetzelfde als: „tenzij de wederpartij aan hare verplichting voldoet" [2]) (in welk geval art. 1417 als negatief-werkend tegenover

---

[1]) Verder vooral bij de opschortende voorwaarde. M. i. zijn de rechtsvoorschriften daaromtrent negatief-werkend tegenover art. 1374 al. 1 B. W., zoodat wie de voorwaarde beweert, den bewijslast draagt (exceptieve verwering). Op geen punt bestaat echter zooveel verschil van meening als juist hier, waar de schrijvers in twee vijandelijke kampen (de Leugnungs- en de Exceptionstheorie) verdeeld zijn. Het betreft hier de leer van het „qualifizirte Geständniss", vg. boven, pag. 18, noot. Ten onzent oordeelt men meestal in den zin der Leugnungstheorie, zoodat de eischer de onvoorwaardelijkheid bewijzen moet, (laatstelijk MOLTZER, p. 520, noot.)

[2]) Vg. art. 1513 B. W., en beneden § 8.

art. 1302 te beschouwen is)? Hier zou het natuurlijk geheel onjuist zijn te zeggen, dat de gedaagde, die beweert voldaan te hebben, zich op art. 1417 B. W. beroept. Want de eischer kan niet ontbinding vorderen, tenzij de gedaagde voldaan heeft, maar alleen indien hij niet heeft voldaan. De wanpraestatie moet voor de toepassing van art. 1302 vaststaan; wordt de vordering afgewezen, omdat de gedaagde blijkt te hebben voldaan, dan is dit niet toepassing van art. 1417, maar buiten-toepassing-laten van art. 1302, voor welks toepassing de wanpraestatie moet vaststaan. De gedaagde, die beweert voldaan te hebben, beroept zich niet op een negatief-werkend, maar op een contradictoir voorschrift, hij ontkent, verweert zich dus niet exceptief. Blijft dus de wanpraestatie dubieus, dan wordt de vordering afgewezen. [1] [2])

Hetzelfde geldt voor de bewering, dat er een schuld bestond, tegenover de condictio indebiti. [3]) Steeds is het de verhouding van regel en uitzondering, die den doorslag geeft voor de verdeeling van den bewijslast.

§ 8.

Enkele — zij het ook weinige — algemeene regelen laten zich geven ter onderscheiding van regel- en uitzonderingsvoorschriften.

Allereerst wat betreft de voorschriften van dispositief recht. Tusschen deze en de daarmede correspondeerende

---

[1]) Anders natuurlijk, indien de wet het tegendeel bepaalt, zooals in art. 165 Faill.wet.

[2]) Evenzoo: POST, p. 20 v. v.; VAN BELL, p. 4; Ktgr. Groenlo 5 Maart 1889, W. 5827; H. R. 19 Maart 1886, W. 5275. Anders de Duitschers: UNGER, p. 566 v.; REINHOLD § § 24, 25; MAXEN pag. 165 en de rechtspraak van het Reichsgericht (o. a. Entsch 1898 No. 62). De geheele § 9 van ROSENBERG miskent m. i. den eisch van het zijn van uitzonderingsbepaling en leidt derhalve tot van zijn eigen standpunt (p. 65) niet te verdedigen consequenties.

[3]) FAURE IV², p. 167; DIEPHUIS X p. 474, XI, p. 40, 51; OPZOOMER VI, 223. 248 en Aant. p. 243; AUBRY-RAU, p. 156; GARSONNET, p. 312.

voorschriften, die een afwijking van den wettelijken regel toelaten, bestaat steeds de verhouding van regel tot uitzondering.

Volgens art. 1513 B. W. moet de levering van het verkochte goed geschieden ter plaatse waar het zich op het tijdstip der verkooping bevond, indien daaromtrent geene andere overeènkomst getroffen is. Ook art. 1513 B. W. bevat een samenkoppeling van een positief- en een negatief-werkend voorschrift: *a*. de verkochte zaak moet geleverd worden ter plaatse waar zij zich tijdens den verkoop bevond, *b*. hebben partijen eene bijzondere overeenkomst getroffen, dan moet zij geleverd worden op de overeengekomen plaats. Wie beweert, dat de levering op de plaats, waar de zaak zich bevond, moet geschieden, heeft alleen de overeenkomst van koop en verkoop (eenig feitelijk bestanddeel van *a*) te bewijzen; ☞ beweert de tegenpartij, dat een andere plaats is afgesproken (bestanddeel van *b*), dan rust op haar de bewijslast [1] [2]. De eerste beroept zich op den wettelijken regel, de tweede op een uitzonderingsvoorschrift. Dispositief recht is immers juist het samenstel van die voorschriften, welke de wet als — met de eischen van het verkeer of van het maatschappelijk belang overeenstemmenden — regel vaststelt, zonder belanghebbenden de bevoegdheid te ontzeggen, in elk bijzonder geval eene afwijkende regeling te treffen [3]. En één van de kenteekenen van het regelmatige is juist, dat het algemeen

---

[1] ROSENBERG, Beweislast p. 66 v., Archiv, p. 94 v.v., BETZINGER pag. 258 sub 5, MAXEN pag. 123, BECKH p. 85 v., 87 v. v., UNGER pag. 596 noot 44 A.

[2] Het ingelaschte voorschrift begint in art. 1513 niet met „tenzij" maar met „indien". In den regel heeft men dan niet met een uitzondering, maar met een (negatief) feitelijk bestanddeel van het voorschrift zelf te doen, vgl. art. 1480 („mits"). In art. 1513 leidt echter het dispositief karakter tot de tegengestelde conclusie.

[3] MOLTZER, Hand. Jur. Ver. 1889 I pag. 135 v., DERNBURG I, pag. 72, sub *b*. De vermoedelijke bedoeling der partijen is dus niet punt van uitgang, al zullen wettelijke regel en bedoeling der partijen meestal samenvallen.

geldt, wanneer niet bijzondere, in speciale voorschriften nedergelegde, omstandigheden tot iets anders doen besluiten. „Besondere Bestimmungen sind eben nur für die Abweichung vom Normalen erforderlich" [1]: geldt dit niet evenzeer voor den inhoud eener rechtshandeling als voor dien van wetsbepalingen?

Kan de rechter het bestaan eener bijzondere afspraak niet constateeren, dan zal hij overeenkomstig het dispositieve voorschrift uitspraak doen; het nadeel treft hem, die zich op een afwijking van den regel beroept.

Niet anders is het, indien de wet wel niet uitdrukkelijk den individueelen wil van partijen vrij spel laat, maar toch op andere gronden aan een rechtsvoorschrift dispositief karakter moet worden toegekend (bijv. art. 1281 B. W.). In het privaatrecht kan in het algemeen van alle wetsbepalingen worden afgeweken, tenzij ze op de openbare orde of goede zeden betrekking hebben (arg. a contr. art. 14 A. B.). Vreest de wetgever, dat men iets voor dispositief recht zal houden, wat hij als dwingend recht aan de willekeur der partijen onttrekken wil, dan doet hij dit zelfs vaak uitdrukkelijk uitkomen door een bepaling, die afwijking of ontduiking nietig verklaart (art. 113 lid 1, 1200, 1556, 1808 B. W., artt. 38 v.v. j°. 37 lid 1, art. 254 W. v. K., enz.). Zoo is het geheele verbintenissenrecht — op enkele uitzonderingen na [2] — dispositief recht, al wordt dit niet bij iedere bepaling bijzonder gezegd. Wanneer de rechtswetenschap een voor-

[1] Fitting, p. 49 en 58 sub 3.

[2] Die echter schijnen — om sociale redenen — in aantal te zullen toenemen: art. 10, 13 Ontwerp-Drucker (vgl. M. v. T. § 5 pag. 38 v.v.); art. 3 Spoorwegwet, Wet van 1 Juni 1861 Stb. No. 53 (vervoer van landverhuizers), § 138 al. 2 B. G. B.

Dat vrijheid van regeling het normale is, erkent ook art. 6 Ontw.-Drucker.

schrift dispositief verklaart, erkent zij daarmee het bestaan van een ander — al of niet gecodificeerd — negatief-werkend voorschrift, luidende: „dit geldt niet, indien de belanghebbende(n) iets anders heeft (hebben) bepaald." Ook al zwijgt de wet omtrent het dispositieve karakter, steeds draagt hij, die een afwijking van den wettelijken regel beweert, den bewijslast, m. a. w. tot de feitelijke bestanddeelen van een dispositief voorschrift kan nimmer de afwezigheid eener afwijkende regeling behooren. Dit geldt steeds, al zou de redactie van een artikel (als bijv. art. 1429, dat schijnbaar de afspraak der partijen als regel vooropstelt) bij oppervlakkige beschouwing tot een ander besluit leiden. De „naturalia negotii" zijn regel, de „accidentalia" uitzondering.

Wat omtrent den bewijslast bij dispositieve rechtsvoorschriften is gezegd, geldt ook voor de interpretatieve voorschriften, d. z. wettelijke voorschriften, bepalende, wat als beteekenis van een bepaalde wilsverklaring zal gelden, zoolang de handelende persoon niet blijkt iets anders te hebben bedoeld [1]). Het verschil tusschen interpretatieve en dispositieve voorschriften is niet groot. De dispositieve verbinden materieele rechtsgevolgen aan eenig feit (meestal eene wilsverklaring) [2]), doch die gevolgen kunnen door eene bijzondere wilsverklaring weder worden opgeheven, de interpretatieve hebben steeds betrekking op eene wilsverklaring, welker beteekenis — en dus ook: welker rechtsgevolgen — zij bindend vaststellen, zoolang niet van eene andere bedoeling blijkt, zonder dat deze uitdrukkelijk

[1]) Niet dus: wettelijke voorschriften voor rechterlijke uitlegging, die den rechter een leiddraad geven bij zijn onderzoek naar wat werkelijk bedoeld is (art. 1378 v.v.; 932 v.v. B. W.), maar „officieele grammaticale interpretatie" (LAND, Inleiding p. 21 noot 2). Zie ASSER III p. 282.

[2]) Niet bijv.: in art. 921 B. W.

behoeft te zijn geuit [1]). Wie beweert, dat in het bijzonder geval de bedoeling een andere was, dan de wet als regelmatig beschouwt, draagt den bewijslast: ook hier [2]) treffen wij de verhouding van regel en uitzondering weer aan.

Indien bijv. „ten voordeele van de armen" een legaat is gemaakt (art. 925), wordt het er voor gehouden, dat de erflater alle noodlijdenden, zonder onderscheid van godsdienst en bedeeld wordende ter plaatse, waar de erfenis is opengevallen, op het oog heeft gehad (regel). Dit geldt echter niet, indien blijkt dat de erflater slechts sommige armen, of die van een bepaald kerkgenootschap resp. van een andere plaats bedoeld heeft, in welk geval het legaat alleen te hunnen voordeele komt (uitzondering).

Die bedoeling moet positief vaststaan, anders blijft het bij den wettelijken regel. Het uitzonderingsvoorschrift kan bij de interpretatieve regels opgesloten liggen in de woorden „zonder verdere aanduiding" (art. 924), „in geval van twijfel" (art. 1385, „im Zweifel", B. G. B. passim) enz., of ook wel geheel zijn weggelaten (art. 1499), evenzoo als bij de dispositieve voorschriften. Steeds echter heeft hij, die het bestaan eener andere bedoeling dan de wettelijk aangewezene beweert, het bewijs daarvan te leveren.

Verdere algemeene regelen ter bepaling van de verhouding van positieve tot negatieve werking, van regel tot uitzon-

---

1) Het dispositieve voorschrift bepaalt de g e v o l g e n, het interpretatieve de s t r e k k i n g der verklaring, vgl. Unger p. 597 sub 2 en p. 596 noot 45. Eigenlijke interpretatie is hier m. i. niet: de bedoeling der partij is altijd quaestio facti, de wet kan slechts bepalen, wat voorshands als zoodanig gelden zal. Hierbij behoeft de „vermoedelijke" bedoeling volstrekt niet altijd leiddraad des wetgevers te zijn. De v o r m van een wettelijk vermoeden is niet ongebruikelijk, zoowel voor dispositieve als voor interpretatieve voorschriften: art. 300 lid 2 W. v. K., art. 1499 B. W. („wordt verondersteld").

2) Artt. 568 v. v., 1499, 924, 925 B. W.

dering, laten zich niet geven. In elk bijzonder geval zal dus de aanwezigheid daarvan moeten worden nagegaan, en zal men zich daarbij hebben te gedragen naar de regelen, die in het algemeen voor de interpretatie van de wet zijn gesteld.

§ 9.

De verhouding van positieve tot negatieve werking, die wij tot nog toe alleen voor de voorschriften van burgerlijk recht beschouwd hebben, bestaat nu ook daarbuiten, zoowel tusschen voorschriften van zelfstandig procesrecht als tusschen strafrechtelijke en administratiefrechtelijke voorschriften. Ook hier blijft het waar, dat degeen, die zich op den regel beroept, het nadeel draagt, indien de feiten voor de toepassing daarvan vereischt, niet vaststaan, terwijl hetzelfde geldt voor hem, die de uitzonderingsbepaling voor zich inroept. Ook hier dus heeft de wisselwerking der voorschriften eene verdeeling tengevolge van het risico met het niet-vaststaan der feiten verbonden. Daar echter de strafrechter, zoomin als de administratieve rechter, lijdelijk is, heeft hier de verdeeling van dat risico geene verdeeling van den bewijslast tengevolge, want bewijslast bestaat alleen in verband met de lijdelijkheid des rechters [1].

Wat de voorschriften van burgerlijke rechtsvordering betreft, deze worden door den burgerlijken rechter toegepast; dus kan men daarbij nog wel van verdeeling van den bewijslast spreken, omdat onze rechter óók lijdelijk is met betrekking tot de zuiver processueele voorwaarden [2]) voor het slagen der vordering of verwering.

---

[1]) Ook daar komt de verdeeling van den bewijslast éérst dan met die van het risico overeen, indien geen enkel feit notoir of onbetwist is.

[2] Vg. boven pag. 19, 20.

Zulk een voorwaarde is bv. de bevoegdheid van den rechter. Met opzicht tot den bewijslast moet nu tusschen relatieve en absolute competentie worden onderscheiden. De eischer, die de tusschenkomst van een bepaald gerecht inroept, moet niet-ontvankelijk worden verklaard, zoolang niet is gebleken, dat dit gerecht betrekkelijk bevoegd is, dus bijv. in persoonlijke zaken: dat de gedaagde woont in het arrondissement of kanton, waar hij gedagvaard is. Want om zich met de vordering te kunnen inlaten, moet de rechter art. 126 W. v. B. R. toepassen en daarvoor moet de woonplaats van den gedaagde gebleken zijn. Werpt deze de exceptie van onbevoegdheid op, dan ontkent hij een bestanddeel van het voorschrift, dat de eischer inroept en ontstaat dus voor dezen de bewijslast, dat de gedaagde in het arrondissement of kanton woont. Dat de regel „reus excipiendo fit actor" hiertegen niet afdoet, behoeft geen betoog [1]), de „exceptie" van relatieve incompetentie is, (evenmin als de zgn. disqualificatoire „exceptie") een exceptieve verwering in den zin van een beroep op een negatiefwerkend voorschrift, maar veeleer een ontkenning van een feit, dat bestanddeel is van een door de wederpartij ingeroepen voorschrift, en deze draagt dus ook het risico en den bewijslast [2]) [3]).

Anders is het gesteld met de volstrekte bevoegdheid. De absolute bevoegdheid der rechtbank is regel, die van den kantonrechter uitzondering (vg. art. 157 Rv.). De Rechtbank

---

[1]) Ktgr. Amsterdam (IV) 24 Nov. 1852 W. 1399 legde met een beroep op dien regel den bewijslast op den gedaagde.

[2]) Rb. Amsterdam 5 Mei 1892, W. 6204; soortgelijke beslissingen: H. R. 30 Nov. 1882, W. 4833 en Rb. Arnhem 29 April 1872, W. 3491.

[3]) Vg. Hingst, N. Bijdr. v. Rg. en Wetg. 1880 p. 24 v.v. ten betooge, dat er tusschen processueele excepties en bewijslast geen verband bestaat.

is de gewone rechter en neemt kennis van alle rechtsvorderingen, uitgezonderd die welke bij de wet verklaard zijn tot de bevoegdheid van een ander college te behooren (art. 53 R. O.). Tegenover de exceptie van volstrekte onbevoegdheid volstaat dus de eischer met te verwijzen naar den in art. 53 R. O. gestelden regel; dat in concreto die regel uitzondering lijdt [1]), moet de gedaagde bewijzen.

§ 10.

Wat de voorschriften van strafrecht aangaat, daarvan zou de wisselwerking wel nooit een bewijslast van den beklaagde kunnen tengevolge hebben, maar toch wél er toe kunnen leiden, dat het dubieus-blijven van eenige voor de strafbaarheid geëischte omstandigheid zijne veroordeeling zou medebrengen. En nu is het juist één der fundamenteele beginselen van ons strafrecht, dat alle vereischten voor de strafbaarheid positieve vereischten zijn, en dat steeds twijfel den beklaagde ten goede komt. Wij vinden nu hier een merkwaardige bevestiging van de juistheid onzer opvatting. De verdeeling van het risico berust op de wisselwerking der rechtsvoorschriften, terwijl zulk een verdeeling in het strafproces niet bestaat. En wat zien wij nu bij het doorbladeren van onze Strafwet? Geheel anders dan in het burgerlijk recht loopen alle voorschriften parallel naast elkaar, een gelijkvormige reeks van met „hij, die" of met de qualificatie van een strafbaar feit beginnende bepalingen. Ieder voorschrift verbindt aan bepaalde feiten een rechtsgevolg: de strafbaar-

[1]) Bijv. indien de tot ontruiming eener gehuurde pachthoeve (art. 41 R. O.) gedagvaarde verweerder beweert, dat de huur minder dan 200 gulden bedraagt en dus de kantonrechter bevoegd is.

heid; van negatieve werking, van uitzonderingsvoorschriften is geen sprake.

Slechts de artt. 262 en 263 W. v. S. zouden doen vermoeden, dat ook voor den beklaagde het twijfelachtig blijven van een feit nadeelig kan zijn. Hij immers, die het misdrijf van smaad of smaadschrift pleegt, ingeval het bewijs der waarheid van het ten laste gelegde feit is toegelaten, wordt, indien hij dat bewijs niet levert en de telastlegging tegen beter weten is geschied, gestraft als schuldig aan laster. Voor de veroordeeling wegens laster schijnt dus de onwaarheid niet te behoeven vasttestaan: veeleer zal de waarheid van het ten laste gelegde moeten blijken om slechts wegens smaad te worden gevonnist. De afwijking is echter slechts schijnbaar. Want al levert de beklaagde het bewijs van de waarheid van het geimputeerde feit niet, toch zal voor veroordeeling wegens laster moeten blijken, dat de telastlegging tegen beter weten is geschied en hiervoor is allereerst noodig, dat ze objectief onwaar was. Hieromtrent komt twijfel dus niet op den beklaagde, maar op het O. M. neer. De wetgever drukte zich in art. 262 minder juist uit: wordt het bewijs der waarheid geleverd, dan kan geene veroordeeling wegens laster volgen; mislukt het, dan zal het O. M. altijd nog én de onwaarheid én het beter weten hebben aan te toonen om eene veroordeeling op grond van art. 262 mogelijk te maken; [1]) twijfel aan de waarheid is daartoe niet voldoende, wat wel het geval ware geweest, indien de beklaagde het nadeel van het niet-vaststaan der waarheid zou hebben gedragen. Dat men in art. 262 niet met een ingelascht uitzonderingsvoorschrift te doen heeft — van welks feitelijke elementen het dubieus-blijven dan op den beklaagde zou nederkomen — blijkt duidelijk, wanneer

---

[1]) NOYON, deel III, pag. 21, no. 2.

wij dat artikel zoo formuleeren, als het zou moeten luiden, wanneer dat wél het geval was. De zinsnede „indien hij dat bewijs niet levert" zou dan moeten worden vervangen door: „tenzij het ten laste gelegde waar is", en men kreeg dan de volgende redactie: „Hij die het misdrijf van smaad of smaadschrift pleegt, ingeval het bewijs der waarheid van het ten laste gelegde feit is toegelaten, wordt, indien de telastlegging tegen beter weten is geschied, als schuldig aan laster gestraft (regel), tenzij de telastlegging overeenkomstig de waarheid is" (uitzondering). Deze redactie is echter in strijd met de logica: beter weten (= onwaarheid plus bewustzijn daarvan) is met waarheid van de telastlegging onvereenigbaar, terwijl de feitelijke bestanddeelen van een werkelijk uitzonderingsvoorschrift altijd met die van den regel vereenigbaar zijn. Er is dus geen uitzonderingsvoorschrift aanwezig, ieder twijfelachtig blijven van een bestanddeel komt den beklaagde ten goede. De eenige beteekenis van de woorden „indien hij dat bewijs niet levert" in art. 262 is, den gedaagde de taak op te leggen, den rechter bij het onderzoek naar de waarheid behulpzaam te zijn; aan de niet-vervulling van die taak is echter geen nadeel voor hem verbonden.

Alle vereischten voor de strafbaarheid zijn in ons strafrecht positieve, nooit is vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging afhankelijk van het vaststaan der afwezigheid van zulk een vereischte.

Dit geldt zelfs ten aanzien van de aanwezigheid van gronden, die de onrechtmatigheid of de schuld (de toerekeningsvatbaarheid) uitsluiten[1]. Het karakter dezer gronden is wel dat van uitzondering op den regel, maar dit is toch alleen waar uit een formeel oogpunt en heeft dus ook alleen formeele gevolgen: de afwezigheid

---

[1]) VAN HAMEL, Inl. p. 214. 300; SIMONS, p. 75; ROSENBERG, p. 42.

van dergelijke gronden behoeft noch in de dagvaarding gesteld, noch speciaal onderzocht en in het vonnis vastgesteld te worden. Aangezien echter de eisch der onrechtmatigheid in foro poenali steeds van positieven aard is, zou het ongeoorloofd zijn de artt. 40 e. v. W. v. S. als negatief-werkend te beschouwen. Bij twijfel omtrent aan- of afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond of omtrent de toerekeningsvatbaarheid moet dus ontslag van rechtsvervolging volgen [1]).

Daarentegen zou in het burgerlijk geding afwijzing eener vordering uit art. 1401 op grond van noodweer alleen mogelijk zijn, ingeval de noodweer positief vaststond: hier is de afwezigheid daarvan slechts negatief-vereischte voor de toewijzing der vordering, die voorshands voldoende gemotiveerd is door het in het algemeen onrechtmatig karakter der handeling [2]).

Toch kent ook ons wetboek van strafrecht een werkelijke wisselwerking van rechtsvoorschriften, en dus de verhouding van positieve tot negatieve werking, die medebrengt dat twijfel veroordeeling van den beklaagde tengevolge heeft. Uitteraard zijn deze gevallen zeer zeldzaam, als vormende een inbreuk op het beginsel van ons strafrecht, dat alle vereischten voor de strafbaarheid moeten blijken, opdat kunne worden veroordeeld.

Ik heb het oog op art. 51 W. v. S., waar bepaald wordt, dat, indien wegens overtreding straf is bedreigd tegen bestuurders, leden van eenig bestuur of commissarissen,

---

1) R. G. Entsch. 1894 No. 85, VAN HAMEL, l. c.; ROSENBERG, l. c.

2) Duidelijk treedt hier het karakter aan het licht van het risico verbonden met het niet vaststaan van een feit: in het strafproces draagt het O. M. dat risico ten aanzien der afwezigheid, in het burgerlijk de gedaagde ten aanzien der aanwezigheid van noodweer.

Zie Prov. Ger. N. H., 16 Dec. 1869 W. 3206.

geene straf wordt uitgesproken tegen den bestuurder of commissaris, *van wien blijkt, dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd.* Maar dat dit blijke — bedoelt art. 51 — is dan ook noodig; omdat het bewijs tegen alle bestuurders dikwijls moeilijk te leveren is, heeft ieder hunner, wil hij straffeloos blijven, te doen blijken (voorzoover dat niet reeds gebleken is), dat hij persoonlijk niet schuldig is aan hetgeen het bestuur heeft misdreven [1]). Hier wordt dus, ingeval van twijfel, de beklaagde veroordeeld; art. 51 blijft dan buiten toepassing.

Verder moet in dit verband worden gewezen op art. 43 al. 2 W. v. S. De beklaagde, die zich beroept op een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, heeft „op voor den rechter overtuigende wijze te doen blijken", dat dit bevel te goeder trouw door hem als bevoegd gegeven werd beschouwd en dat de nakoming binnen den kring zijner ondergeschiktheid was gelegen [2]). Ook hier rust dus op hem de oneigenlijke bewijslast, die hem echter in den regel niet zeer bezwaren zal, daar het bewijs der goede trouw veelal reeds voortvloeit uit het zedelijk en ambtelijk overwicht van den superieur, die het bevel gaf. Twijfel blijft echter mogelijk en heeft hier veroordeeling tengevolge. Bijzonder merkwaardig is de uitspraak der Memorie van Toelichting [3]), dat art. 43 al. 2 in beginsel overeenstemt met art. 31 Ontwerp 1859, maar dat de *„bewijslast is verplaatst"*. Hier wordt derhalve de verhouding van regel en uitzondering ook in het Strafrecht als basis beschouwd voor de verdeeling van het risico met het niet vast-

---

[1]) Noyon I, p. 252; Smidt I, p. 420 (451).

[2]) M. v. T. bij Smidt, I, p. 382 (410); van Hamel, p. 242; Noyon I, p. 198.

[3] Smidt, t. a. p., noot.

staan der feiten verbonden[1]). Voor ontslag van rechtsvervolging moet dus de goede trouw en het binnen den kring der ondergeschiktheid gelegen zijn positief zijn gebleken.

Zoowel art. 43 al. 2, als art. 51 W. v. S. zijn als exceptioneele bepalingen te beschouwen. Niet slechts dat overigens alle vereischten voor de strafbaarheid positieve zijn, maar ook kunnen zij niet door wettelijke vermoedens worden bewezen (wat practisch vaak gelijk kan staan met het zijn van negatief-vereischte)[2]). Vermoedens van schuld (theoretisch het positief karakter van het vereischte van schuld erkennende, doch practisch dreigende met veroordeeling zonder schuld) kent onze strafwet niet; slechts in art. 9 der Arbeidswet wordt een element van een strafbaar feit (het doen verrichten van arbeid) aangenomen krachtens wettelijke gevolgtrekking uit een ander feit (het in de werkuren aangetroffen worden van een persoon beneden zestien jaren of eene vrouw op een besloten plaats, waar arbeid wordt verricht).

In ons Wetboek van Strafrecht kan dus slechts van de artt. 43 al. 2 en 51 worden gezegd, dat zij als negatief-werkende voorschriften voor den beklaagde het risico van veroordeeling medebrengen, indien hunne feitelijke elementen niet vaststaan. Daarentegen — en hierin ligt weer een treffend bewijs voor

---

[1]) Art. 31 Ontw. 1859 luidde n.l. juist omgekeerd als ons art. 43 al. 2: „Voldoening door een ondergeschikte enz. is alleen strafbaar, indien het bevolene buiten den kring der ondergeschiktheid gelegen of de ondergeschikte met de onbevoegdheid van het bevel bekend was”.

[2]) Eigenlijk is een wettelijk vermoeden slechts vastlegging van de bewijskracht eener aanwijzing en van geen invloed op de vraag, wie het nadeel draagt van twijfel. Maar de eisch der materieele waarheid verbiedt het aannemen van wettelijke vermoedens in het strafrecht. Vg. VAN HAMEL, p. 255 v.

de juistheid onzer opvatting — bestaat in de Algemeene Politie-Verordening van Amsterdam,[1]) vastgesteld 26 Maart 1902, een tot de uiterste consequenties, met volkomen bewustheid doorgevoerd stelsel van groepeering van strafrechtelijke voorschriften met het oog op de verhouding van regel en uitzondering.

De lange reeks verbodsvoorschriften vormen den regel: het is verboden, een openbaar middel tot vervoer van personen op regelmatige tijden en naar bepaalde plaatsen binnen de gemeente in werking te brengen (art. 74), heipalen uit het Gemeentewater op te halen of over den openbaren weg te slepen (art. 23), in den openbaren weg boomen te planten (art. 25 1°); vuurwerk af te steken (art. 196); aan den openbaren weg te venten tusschen middernacht en zonsopgang (art. 47), enz.

Het O. M. volstaat met de telastlegging en het bewijs van de in deze artikelen genoemde omstandigheden. Staan deze vast, dan is de veroordeeling gerechtvaardigd. Maar daarnaast lezen wij nu in art. 5 der Algemeene Bepalingen, de uitzondering:

Art. 5 al. 1: De bepaling van art. 74 dezer Verordening is niet toepasselijk op hem, die handelt met vergunning van den Gemeenteraad.

Art. 5 al. 2: De bepalingen van de artikelen .... 23, 25 eerste lid, ... 196 ... dezer Verordening zijn niet toepasselijk op hem, die handelt met vergunning van Burgemeester en Wethouders.

Art. 5 al. 3: De bepalingen van de artikelen 47....

---

[1]) Uitgegeven 1902 van gemeentewege, ook te vinden in Gem. Blad 1902, afd. III No. 30, en de voordracht der Commissie voor de Strafverordeningen met Memorie van Toelichting afd. I p. 1, vg. afd. II, p. 161, 446.

dezer Verordening zijn niet van toepassing op hem, die handelt met vergunning van den Burgemeester.

De gevolgen dezer redactie zijn, blijkens toelichting en beraadslagingen, dat niet slechts het ontbreken der vergunning niet gesteld en onderzocht behoeft te worden, maar dat de „bewijslast" rust op den beklaagde. [1]) Produceert hij de vergunnning niet (wat hem, daar zij schriftelijk wordt gegeven, niet moeilijk zal vallen), dan volgt veroordeeling. Het hebben eener vergunning is in alle gevallen „fait justificatif", nooit het ontbreken daarvan element der overtreding. De vergunning heft de toepasselijkheid der norm op, „de redactie van art. 5 is zoodanig gekozen, dat voortaan het bezit eener vergunning als fait justificatif kan worden ingeroepen, en de ontstentenis der vergunning, als te bewijzen bestanddeel der overtreding is vervallen" [2]). Twijfelt de rechter aan het bestaan der vergunning, dan volgt veroordeeling.

Onze conclusie is dus: in het strafrecht bestaat de verhouding van positieve tot negatieve werking in den regel niet, doch indien zij bestaat, volgt daaruit, als altijd, dat den beklaagde het nadeel treft, indien de feitelijke elementen van het negatief-werkend voorschrift niet vaststaan.

§ 11.

In het administratieve recht is de verhouding van regel en uitzondering niet van dergelijk exceptioneel karakter als

---

[1]) Uitdrukkelijk Mr. Caroli, pag. 171 (Gem. B. 1902 afd. II); protest tegen de „omkeering van den bewijslast" van de Heeren De Vries, pag. 167 („iets nieuws in het strafrecht") en Kruseman, p. 185. Zie ook afd. I, p. 264 No. IX.

[2]) Gem. Blad, 1902 afd. I, p. 144. Een beroep door den beklaagde op het fait justificatif is hier, anders dan bij de artt. 40 e. v. W. v. S., noodig.

in het strafrecht en dus onze vraag van nog grooter belang, met name voor de rechtspraak der Raden van Beroep volgens de Ongevallenwet. Daarbij kan n.l. vaak de vraag, wie het nadeel draagt ingeval van twijfel, den uitslag van het geding bepalen.

Volgens art. 19 der Ongevallenwet immers verleent de Rijksverzekeringsbank den verzekerde, wien een ongeval overkomt in verband met de uitoefening van het bedrijf, als schadeloosstelling, genees- en heelkundige behandeling of vergoeding daarvoor, volgens regelen bij algemeenen maatregel van bestuur vast te stellen. De artt. 20 en v.v. regelen verder de tijdelijke uitkeering en de geregelde uitkeering (rente), waarop de verzekerde aanspraak heeft, indien hij na een bepaalden termijn nog niet in staat is in de onderneming van zijn werkgever zijn gewone werk te verrichten, resp. gedeeltelijk of geheel tot werken ongeschikt is. Dit recht op schadeloosstelling bestaat echter volgens art. 28, al. 1 niet, indien de verzekerde het ongeval opzettelijk heeft veroorzaakt[1].

Voor den Raad van Beroep, bij wien, hetzij (bij weigering der schadeloosstelling) de verzekerde, hetzij (bij toekenning) de werkgever, hetzij (in beide gevallen) de bij art. 86 bedoelde Commissie zich in beroep kan voorzien[2], zal dan de vraag te beslissen zijn: 1°. heeft de verzekerde tengevolge van een bedrijfsongeval zijn geschiktheid tot werken verloren op den gestelden termijn? 2°. is dat ongeval opzettelijk door hem veroorzaakt?

Daar art. 21 het recht op een rente verbindt aan het feit der ongeschiktheid tot werken zes weken na den dag van het ongeval, zal de Raad die rente moeten toekennen, zoodra bedrijfsongeval, vereischt tijdsverloop en de door het

---

[1] Vg. ook al. 2, over dronkenschap van den verzekerde.

[2] Vg. art. 79 en 80 Ongevallenwet.

ongeval veroorzaakte ongeschiktheid vaststaan. Blijken deze feiten niet, dan wordt geene schadeloosstelling toegekend en treft het nadeel dus den verzekerde, die zeker van zijne zijde zooveel mogelijk zal trachten den Raad van de waarheid dier omstandigheden te overtuigen en dus op dit punt den *oneigenlijken* bewijslast draagt. Daarentegen zal, indien werkgever of bestuur der Rijksverzekeringsbank weigering der rente verlangen, omdat de verzekerde het ongeval opzettelijk heeft veroorzaakt, *voor die weigering de opzettelijke veroorzaking positief moeten vaststaan.* Zij immers beroepen zich nu op een uitzonderingsvoorschrift (art. 28), waarvan die veroorzaking bestanddeel is. Blijft het opzet twijfelachtig, dan treft hen het nadeel, art. 28 kan dan niet worden toegepast, en de Raad moet, zelfs al is dat opzet eenigermate waarschijnlijk gemaakt, overeenkomstig art. 21 rechtspreken en bijgevolg de rente toekennen [1]). Echter kan het opzet des verzekerden niet alleen tengevolge van het bewijs van de geïnteresseerde partijen, maar ook op grond van door den rechter zelve ingesteld onderzoek blijken. Een verdeeling van den bewijslast bestaat dus alweder niet, evenmin als in elk ander geding, dat op inquisitoiren grondslag berust, wel echter een verdeeling van het risico; het bestuur der Rijksverzekeringsbank, dat zich op art. 28 beroept, wordt in het ongelijk gesteld, indien het opzet des verzekerden niet vaststaat.

---

[1]) Vg. PHILIPS en DE JONGH, Ongevallenwet 1901 (Amsterdam 1903) pag. 39: „Bij de wet is niemand opgedragen het bewijs van opzet te leveren; blijkt aan het college bij zijn onderzoek, dat het ongeval een gevolg is van eigen opzet, dan zal het dit constateeren en de gevraagde schadeloosstelling weigeren”.

§ 12.

Als laatste bewijs van de universeele beteekenis van de wisselwerking der rechtsvoorschriften diene nog het volgende:

In het burgerlijk geding zelve zijn het niet steeds voorschriften van burgerlijk recht of burgerlijk procesrecht, welker verhouding moet worden vastgesteld. Zoo kunnen Gedeputeerde Staten door de Provincie tot schadevergoeding worden aangesproken wegens niet geoorloofde uitgaven. Wegens uitgaven, zegt art. 124 Provinciale Wet, door Gedeputeerde Staten bevolen, waardoor het eindcijfer der begrooting of de aangewezen begrootingspost wordt overschreden, of die, te kwader trouw, zijn aangewezen op een post, waarmede zij niet overeenstemmen, worden de leden der Gedeputeerde Staten en de commissaris des Konings, TENZIJ BLIJKE, dat zij tot het bevelen dier uitgaven niet hebben medegewerkt, persoonlijk aansprakelijk jegens de provincie, indien die uitgaven, bij het besluit in art. 120 bedoeld, niet onder de provinciale uitgaven worden opgenomen.

Kan dit artikel nog geacht worden een uitsluitend burgerrechtelijke aansprakelijkheid te betreffen, ook bijv. art. 147 Gemeentewet, bepalende, dat de leden en beambten van het bestuur der godshuizen en andere instellingen van liefdadigheid worden benoemd door den Raad, ZOOVERRE de benoeming NIET aan anderen behoort, kan in een burgerlijk geding in toepassing komen, indien de qualiteit van door den Raad benoemde bestuurders wordt tegengesproken op grond, dat de benoeming aan anderen behoorde. Art. 124 Prov. Wet geeft niet tot moeilijkheden aanleiding: de wet geeft zelve de oplossing, door voor de vrijstelling van de aansprakelijkheid vereischt te stellen, dat blijkt, dat zij niet tot het bevelen der aldaar bedoelde uitgaven hebben medegewerkt. De bewijslast rust dus op den Commissaris of het lid der Gedeputeerde Staten.

Maar wat art. 147 Gem. Wet betreft, wettigt de redactie van dat voorschrift de gevolgtrekking, dat de bewijslast rust op hem, die beweert, dat anderen dan de Raad het benoemingsrecht hadden? Of moet de tegenpartij aantoonen, dat de Raad bevoegd was, dus dat de benoeming niet aan anderen toekwam? M. i. is alleen het eerste juist: de Raad benoemt — dat is de regel — voor zooverre de benoeming niet krachtens de stichtingsbrieven [1]) aan anderen behoort, — dat is de uitzondering. De hoedanigheid van door den Raad benoemde bestuurders moet dus door den rechter worden aangenomen, zoolang niet vaststaat, dat de benoeming aan anderen behoorde [2]).

Anders oordeelde de Rechtbank te Zwolle [3]), beslissende, dat art. 147 Gem. Wet *niet vooropstelt een algemeene bevoegdheid* van den Raad tot het benoemen van de leden en beambten van het bestuur der aldaar genoemde instellingen, en dat derhalve de bewijslast van het feit dat die benoeming niet toebehoort aan anderen dan den Raad, rust op hen, welke diens bevoegdheid tot benoeming hadden aan te toonen. De Rechtbank acht dus de verhouding van regel en uitzondering niet aanwezig, en leest art. 147 alsof er stond: De leden enz. worden benoemd óf door hen, wien de stichtingsbrieven dat recht toekennen, óf, indien daarbij niemand is aangewezen, door den Raad. Beide gevallen stelt de Rechtbank klaarblijkelijk op ééne lijn: wie de bevoegdheid beweert van een door den Raad benoemd bestuur,

---

[1]) OPPENHEIM, het Nederlandsch Gemeenterecht (1895), p. 436.

[2]) Vg. de woorden „zooverre niet" in art. 147. De geschiedenis geeft weinig licht (vg. BOISSEVAIN-OOSTERWIJK, de Gemeentewet (1867) p. 540 v.). Het K. B. van 26 April 1881 No. 13 (bij CREMERS, Gemeentewet [1900] op art. 147 No. 2921), schijnt de bevoegdheid van den Raad als regel te beschouwen.

[3]) 19 Juli 1900 (W. 7625).

bewijst, dat de benoeming niet aan anderen behoorde; wie zich beroept op de benoeming door anderen dan den Raad, bewijst, dat deze niet te benoemen had.

Hoewel ik mij met het vonnis der Zwolsche rechtbank niet vereenigen kan, zie ik in hare beslissing toch dezen belangrijken kern, dat de verhouding der rechtsvoorschriften als regel tot uitzondering de grond is van de verdeeling van den bewijslast.

§ 13.

In iedere procedure geldt dus het beginsel, dat de verhouding tusschen positieve en negatieve werking, tusschen regel- en uitzonderingsvoorschriften beslissend is voor de vraag, wien het nadeel treft, indien een bepaald feit niet vaststaat.

Daaruit volgt natuurlijk, dat ook de verdeeling van den bewijslast in het burgerlijk proces eenvoudig afhangt van de verhouding der ingeroepen voorschriften.

Nu is echter deze verhouding vastgelegd in de wet en dus in ieder bijzonder geval vooráf gegeven. En nu kan zeker op het beginsel, dat geen rechtsvoorschrift kan worden toegepast, wanneer zijne feitelijke bestanddeelen niet vaststaan, geene uitzondering worden toegelaten, maar moet het niettemin niet tot onredelijke en onrechtvaardige consequenties leiden in alle gevallen en onder alle omstandigheden bewijs te vorderen van hem, die zich op een rechtsvoorschrift beroept? Kunnen zich niet feitelijke constellaties voordoen, waarbij, wordt het beginsel consequent doorgevoerd, de eischen der rechtvaardigheid met voeten moeten worden getreden?

Vooral in het burgerlijk geding heeft ieder speciaal geval zijne eigenaardige schakeering; in elke zaak doen de feiten

zich op een verschillende wijze voor [1]); en daardoor ontstaat de mogelijkheid, dat de rechter, door de partij, die den bewijslast draagt, het bewijs op te leggen, een in het oog loopende onbillijkheid zou begaan. Maar aan de verdeeling van den bewijslast kan hij niets veranderen en zoo zou hij dan voor het dilemma komen te staan rechtsvoorschriften toe te passen, zonder dat de geeischte feiten vaststaan, m. a. w. de wet te overtreden, of een beslissing te geven, die ingaat tegen hetgeen de gerechtigheid vordert.

Wij stellen ons voor in het volgend hoofdstuk te onderzoeken, of den rechter niet een derde weg openstaat, langs welken het hem mogelijk zou zijn de verplichting recht te spreken volgens de wet met den eisch eener rechtvaardige beslissing te vereenigen.

---

[1]) Ontw. St.C., t. a. p.

DERDE HOOFDSTUK.

Bewijslast en Bewijsappreciatie.

DERDE HOOFDSTUK.

Bewijslast en Bewijsappreciatie.

§ 1.

Dat de rechter bij de verdeeling van den bewijslast met de eischen der rechtvaardigheid geene rekening mag houden, is niet een bijzonderheid van onze opvatting omtrent het karakter van den bewijslast, maar doet zich onvermijdelijk voor, zoodra de wet of de op de wet gegronde theorie vaste regelen voor de verdeeling van den bewijslast stelt. Want vaste regelen van algemeene strekking kunnen onmogelijk op de oneindig-talrijke variaties der practijk berekend zijn, en daar ze eveneens onvereenigbaar zijn met een verdeeling van den bewijslast naar billijkheid, kunnen ook zij tengevolge hebben, dat in eenig speciaal geval de rechter voor dezelfde moeilijkheid komt te staan: vast te houden aan die regelen, maar dan een onbillijke beslissing te geven, of ze te laten varen, maar dan de grenzen van zijn bevoegdheid te buiten te gaan.

Men heeft dan ook vaak genoeg op dezen grond gepleit voor absolute vrijheid van den rechter in zake de verdeeling van den bewijslast [1]).

[1]) Post, p. 80—92; Ontw. St.C. t. a. p.; doch is daarmede de bepaling van art. 1902 Ontw. en de verwijzing naar § 193 Entw. I B. G. B. wel te rijmen? Vg. Moltzer p. 538 noot.

Afgezien echter van de gegronde bezwaren, die op zich zelve er tegen bestaan den rechter te laten beoordeelen op wien het niet-vaststaan van een feit neerkomt [1]), is een dergelijke oplossing onvereenigbaar met den eisch, dat voor de toepassing van een voorschrift zijne feitelijke bestanddeelen moeten vaststaan.

Wij zullen thans de voornaamste gevallen, waarin in onze rechtspraak de bedoelde moeilijkheid zich voordeed, nagaan, teneinde te onderzoeken, of de consequente toepassing van ons beginsel daarin het geven van een billijke beslissing onmogelijk maakt.

Onze rechtspraak pleegt, zooals blijken zal, in die gevallen de regelen der verdeeling van den bewijslast te laten voor wat ze zijn en hare toevlucht te nemen tot een omkeering of overbrenging van den bewijslast, met de overweging, dat in de bepaalde procedure de bijzondere omstandigheden tot afwijking van den regel aanleiding geven. Hoe billijk en redelijk dit ook moge zijn, art. 1902 gedoogt — zooals door POST [2]) en HAZELHOFF ROELFSEMA [3]) uitvoerig wordt betoogd — een dergelijke omkeering volstrekt niet. Naar onze opvatting is een omkeering van den bewijslast natuurlijk geheel en al uitgesloten [4]), daar iedere partij, die zich op een rechtsvoorschrift beroept, gedurende de geheele

---

[1]) Volkomen juist is m. i. de opmerking van WACH, Beweisl. p. 12: „So sehr man auch Freund der freien Beweistheorie sein mag, so wenig würde man sich mit einer subjectivistischen Behandlung der Frage, was zu beweisen ist und wer zu beweisen hat, abfinden dürfen. Das muss strengen Rechtens sein, denn die Beweislosigkeit zieht den Rechtsverlust nach sich".

[2]) p. 23 v. v.

[3]) p. 68 v. v.

[4]) Natuurlijk kan de wet wel „den bewijslast omkeeren" (vg. art. 1601 B. W., art. 1 Spoorwegwet, art. 165 lid 2 Faill.w., § 363 B. G. B.), maar dan beteekent „omkeering" enkel: afwijking van de gewone verdeeling (art. 1600 B.W., 1401 B.W., 1302 B.W., § 362 B. G. B.).

procedure zich daarop blijft beroepen en dus ook den bewijslast blijft dragen, en moet dus de oplossing langs anderen weg worden gezocht. Vóór wij daartoe overgaan, moet echter éène opmerking van algemeenen aard voorafgaan.

§ 2.

Op verschillende gronden kan eene partij door den loop der procedure in de practische noodzakelijkheid komen vóór of tegen de waarheid van eenig feit bewijs te leveren. Op den voorgrond staat het geval, dat zij in een geding, waarin de lijdelijkheid des rechters geldt, [1]) de toepassing verlangt van een rechtsvoorschrift, welks feitelijke bestanddeelen noch notoir noch onbetwist zijn. De eischer moet dan den grondslag zijner vordering, de gedaagde de bestanddeelen der negatief-werkende voorschriften, den grondslag zijner exceptieve verwering bewijzen. Zij moeten bewijs leveren, omdat hetgeen zij verlangen, alleen kan worden toegestaan indien de waarheid blijkt van bepaalde feiten en die waarheid alleen door bewijs blijken kan: m. a. w. opdat op hen de (eigenlijke) bewijslast rust. Het kan echter ook zijn, dat de gedaagde, nadat de eischer den grondslag zijner vordering heeft bewezen, geen kans ziet zelfstandige feiten, welke het ingrijpen van een hém gunstig voorschrift tengevolge hebben, te stellen en te bewijzen. De eenige weg van verdediging, die hem dan nog [2]) openstaat, is dan te trachten de overtuiging des rechters, door het bewijs des eischers gewekt, aan het

---

[1]) Over een dergelijk geding is in dit hoofdstuk steeds sprake.

[2]) Hiermede is natuurlijk niet gezegd, dat hij tot zoolang kan wachten met de keus tusschen exceptieve en principale verwering. Alles hangt af van de conclusie van antwoord, terwijl in ons recht bovendien alle excepties tegelijk en met het antwoord moeten worden voorgedragen (art. 141 W. v. B. R.).

wankelen te brengen, door zijnerzijds bewijs te leveren van feiten, die óf met de door eischer bewezene onvereenigbaar zijn óf deze althans onwaarschijnlijk maken. Gelukt hem dit, dan staan de feiten, die den grondslag der vordering vormen, niet meer vast en kan het door den eischer ingeroepen rechtsvoorschrift niet meer worden toegepast. Hoewel ook in dit geval de gedaagde, wil hij niet worden veroordeeld, bewijs moet aanbieden en leveren, rust op hem geen bewijslast [1]) ten aanzien van het tegendeel van de door eischer bewezen feiten. Al moge etymologisch iedere processueele positie, die de partij in haar eigen belang noodzaakt bewijs te leveren, last van bewijs medebrengen, de bewijslast is altijd een gevolg van de omstandigheid, dat een partij toepassing van een rechtsvoorschrift verlangt, waarvan de feitelijke elementen door bewijs moeten worden waar gemaakt. Wie in dezen toestand verkeert, wie dus bewijslast draagt, hangt van de ingeroepen rechtsvoorschriften af, en staat met geene bijzondere processueele positie in verband. Hier daarentegen is het den gedaagde juist niet te doen om toepassing van een hem gunstig voorschrift, maar wil hij de toepassing van dat, waarop de eischer zich beroept, onmogelijk maken door aan te toonen dat de feitelijke bestanddeelen daarvan niet waar zijn of althans den rechter aan de waarheid daarvan te doen twijfelen. Op den eischer rust de bewijslast en blijft de bewijslast rusten, al heeft hij ook aanvankelijk de overtuiging des rechters te

---

[1]) Ook geen „faktische Beweislast"! vg. MARTINIUS, p. 9: Door deze uitdrukking „wird bloss einer babylonischen Sprachen- und Begriffsverwirrung Vorschub geleistet. Es gebt nur eine Beweislast, die beim Eintritt in den Prozess durch das Gesetz bereits gegebene..." Deze opmerking acht ik zeer gemotiveerd en het gebruik van den term bewijslast waar het tegenbewijs geldt (ROSENBERG, p. 48, 49) ten zeerste te ontraden.

zijnen voordeele gevestigd, de gedaagde levert tegenbewijs. Practisch doet zich het verschil gelden, wanneer de tegenbewijsvoering van den gedaagde ten gevolge heeft gehad, dat de rechter wel niet van de onjuistheid van het door den eischer bewezene overtuigd is, maar toch aan de juistheid er van twijfelt. Rustte op den gedaagde de bewijslast van de onwaarheid der door eischer bewezen feiten, hij zou moeten worden veroordeeld. In werkelijkheid echter gaat hij vrij uit: de rechter twijfelt aan de waarheid der feiten, die voor de toepassing van het den eischer gunstige voorschrift moeten vaststaan. Van de feitelijke bestanddeelen van dit voorschrift moet de rechter positief overtuigd zijn en twijfel sluit positieve overtuiging uit. Twijfelt hij, dan komt dit op den eischer neer, juist omdat deze den bewijslast draagt: de tegenbewijsvoering van den gedaagde is volkomen geslaagd. Wanneer de eischer de feiten, die den grondslag zijner vordering vormen, bewezen heeft, bevindt de overtuiging des rechters zich als het ware in een labiel evenwicht, om bij den geringsten schok weder in den stabielen stand (niet-toepassing van het den eischer gunstige voorschrift) terug te keeren. Tegenbewijs onderstelt dus steeds, dat de tegenpartij de schade lijdt, indien de feiten, welker onwaarheid de tegenbewijsvoerder wenscht aan te toonen, twijfelachtig blijven en komt regelmatig eerst te pas, indien de waarheid van die feiten aanvankelijk gebleken is. [1] [2]). Het doel van

---

[1]) Dit zal veelal een gevolg zijn van door den eischer geleverd bewijs. Noodzakelijk is dit echter niet, zie de redactie van art. 1906 2° Reg. Ontw.: „Onder tegenbewijs binnen de grenzen van het vorige lid is ook begrepen het bewijs van feiten, waaruit de onwaarheid of de onwaarschijnlijkheid van gestelde feiten, die geen bewijs behoeven, kan worden afgeleid". Bedoeld zijn notoire of den rechter uit eigen waarneming in het geding bekende feiten, alsmede (ten onrechte, zie beneden) gepresumeerde feiten (art. 1903, 1904 R. O.).

[2]) Is de waarheid der door den eischer gestelde feiten nog niet

het tegenbewijs is steeds: de toepassing van het voorschrift, waarop de tegenpartij zich beroept, onmogelijk te maken.

Of nu de gedaagde in de noodzakelijkheid verkeert tegenbewijs te leveren, hangt eenvoudig hiervan af, of de grondslag der vordering vaststaat. Dit is het geval, zoodra de rechter van de waarheid der door eischer gestelde feiten overtuigd is. De eischer heeft daardoor een voordeel behaald: de gedaagde kan zich nu niet meer met een enkele ontkenning helpen: hij moet — wanneer geen nieuwe, negatief-werkende voorschriften door hem worden ingeroepen — tot het leveren van tegenbewijs overgaan. Hetzelfde geldt, wanneer de gedaagde zich w e l op een zelfstandig voorschrift beroept, met opzicht tot den eischer, die de juistheid der door den verweerder bewezen grond zijner exceptieve verwering blijft tegenspreken. De gedaagde beroept zich op betaling en bewijst die door eene kwijting over te leggen, aldus voorloopig aan den op hem rustenden bewijslast voldoende; de eischer beweert, dat de schuld nog onvoldaan is. In dit geval is aan hem de beurt van tegenbewijslevering. Hij is daarin geslaagd zoodra het den rechter voorkomt, dat hij, niettegen-

---

gebleken en biedt de gedaagde toch reeds bewijs van de onwaarheid daarvan aan, dan is dit: v e r v r o e g d (geanticipeerd) t e g e n b e w ij s, en n i e t: „o v e r n e m i n g v a n d e n b e w ij s l a s t". Dit is van belang, indien de rechter ten slotte noch van de waarheid, noch van de onwaarheid overtuigd is; de gedaagde moet dan, naar de juiste opvatting, worden vrijgesproken; vg. LAURENT No. 94; Rb. den Haag 1 Nov. 1899, W. 7372; H. R. 10 Nov. 1899 W. 7357; Prov. Ger. N.-H., 12 Dec. 1867, W. 3028; Rb. Breda 25 Oct. 1864 W. 2670, alwaar in verschillenden zin over de vraag wordt geoordeeld.

De kantonr. te den Haag (14 Oct. 1898, zie W. 7372) besliste zelfs, dat de gedaagde moet worden veroordeeld, indien de door hem aan den eischer opgedragen beslissende eed als niet-toelaatbaar wordt gepasseerd: hij heeft „den bewijslast op zich genomen". Vg. § 447 C. P. O., welke juist het omgekeerde bepaalt; FITTING, p. 13, en BETZINGER, p. 319, 321, 370 v.

staande de kwijting de terugbetaling niet meer als geschied mag aannemen.[1]).

De gedaagde daarentegen, die zich tegen eene vordering uit overeenkomst op betaling beroept, en die betaling bewijst, levert g e e n tegenbewijs tegen de beweringen des eischers[2]), hij stelt en bewijst een feit, dat, met den grondslag der vordering vereenigbaar, krachtens een bijzonder voorschrift tengevolge heeft, dat de vordering des eischers niet kan slagen en waarvan hij gedaagde d e n b e w ij s l a s t draagt. Én des eischers bewijs van de feitelijke bestanddeelen van het positief-werkende voorschrift, én dat van den gedaagde van die van het negatief-werkende, is een gevolg van bewijslast (Hauptbeweis: Klage-, Einredebeweis), geen tegenbewijs.[3])

---

[1]) Hij bewijst bijv. dat de kwitantie hem is afgedwongen. Zie vonnis Rb. Hoorn 28 Jan. 1852, Prov. Ger. Noord-Holland 11 Oct. 1852 (W. 1418). Men verwarre niet dit geval met het beroep op dwang tegen eene vordering uit overeenkomst, waarmee gelijk staat het beroep op dwang door eischer tegen een door gedaagde beweerde kwijtschelding. Hier is het bewijs van den dwang gevolg van bewijslast (Hauptbeweis), geen tegenbewijs.

[2]) De oudere terminologie sprak hier van „indirect tegenbewijs", vg. BETHMANN-HOLLWEG, p. 370; BOLGIANO, t. a. p., pag. 355. Men kwam daartoe door de opvatting, dat eischer implicite het werkelijk-bestaan van zijn recht heeft gesteld; door de betaling te bewijzen zou de gedaagde dan aantoonen, dat dit onwaar is. Een niet-uiteenhouden dus van materieelen en processueelen grondslag der vordering. Men stelt of bewijst uitsluitend f e i t e n, evenzeer kan ook alleen een f e i t ontkend en het bewijs daarvan door tegenbewijs ontzenuwd worden. Dat het gerealiseerde recht werkelijk bestaat, is een juridische conclusie, geen b e w e r i n g; want alleen beweringen, die op de waarheid of onwaarheid van feiten betrekking hebben, komen in aanmerking.

[3]) Evenmin heeft men met tegenbewijs te doen, wanneer de eischer zich op een derde voorschrift beroept, b.v. op schorsing van de verjaring.

§ 3.

De scherpe scheiding van en bewijslast en tegenbewijs nu, op den grondslag berustende, dat bij het eerste de bedoeling der partij is, de toepassing van een haar gunstig voorschrift mogelijk te maken, bij het tweede die van een de tegenpartij gunstig voorschrift te beletten, is noodzakelijk ter juiste beoordeeling der nu volgende gevallen, waarin door den rechter op grond van verschillende overwegingen van de algemeene bewijslastregelen werd afgeweken.

Ook de schrijvers schromen niet, dit laatste met zoovele woorden voor geoorloofd te verklaren. FAURE [1]) meent, dat tot een redelijke verdeeling van den bewijslast en tot voorkoming van de verwikkeling, dat het leveren van bewijs onmogelijk zou worden, doordien bewijs verlangd wordt van wat onmogelijk te bewijzen is, op den bijzonderen inhoud van de gevoerde bewering moet gelet worden, in hoeverre deze nl. al of niet als gestaafd kan worden beschouwd, totdat het tegendeel is bewezen; en iets verder stelt hij de vraag: „zal de rechter dan de vrijheid missen om de voorkeur te geven aan de afwijking van een tengevolge van bijzondere omstandigheden algemeen gestelden regel, boven een anders in de wet aan te nemen onredelijkheid en inconsequentie van beginselen, wanneer hij, door het eerste te doen, de gerechtigheid handhaaft, door het laatste, die verkracht?" In denzelfden zin laten ook DERNBURG [2]) en FITTING [3]) zich uit. De voornaamste gevallen uit onze rechtspraak laten zich in twee groote categorieën verdeelen:

A. Onmogelijkmaking of bemoeilijking van het bewijs der tegenpartij.

---

1) dl. IV[1], pag. 24, 25, vg. III, p. 118, 119.
2) I, p. 376.
3) p. 64.

Indien de ééne partij aan de andere het leveren van bewijs onmogelijk heeft gemaakt, behoort die andere „zur Ausgleichung" van den bewijslast te worden ontslagen [1]. Deze regel, die vooral tusschen die partijen, welke in contractueel verband met elkaar staan, toepassing vindt, wordt ook in onze rechtspraak herhaaldelijk gehuldigd, met name bij den koop op monster, wanneer de kooper verzuimt maatregelen te nemen om de identiteit van de waren te verzekeren of het hem toevertrouwde monster niet in ongeschonden staat te voorschijn brengt.

Begrijpelijk is het zeker, waarom de rechters hier tot eene omkeering van den bewijslast besluiten. De verkooper, die naar de algemeene beginselen, steeds (behalve wanneer de kooper tot ontbinding van de overeenkomst ageert) tengevolge van zijn beroep op art. 1417 B. W. de levering, d. w. z. de behoorlijke, aan alle bij de overeenkomst gestelde eischen voldoende levering moet bewijzen, [2] kan, indien hij op monster heeft verkocht, door den op hem rustenden bewijs- in een bijzonder hachelijke positie geraken: in het bewijs der levering ligt opgesloten het bewijs van de identiteit der goederen, dat van de identiteit der proeve en dat van de

---

[1]) FAURE, DERNBURG, t. a. p.

[2]) De Rb. te Amsterdam 29 Juni 1864 W. 2620 overweegt, dat indien de gedaagde beweert dat het geleverde niet aan het monster voldoet, dit feiten zijn die hij tot zijn verwering stelt en alzoo te bewijzen heeft, zoodat hij excipiendo fit actor, doch dat deze vraag wellicht anders zou moeten worden beantwoord, indien de kooper onmiddellijk na de toezending het geleverde terugzond, omdat hij dan van zijne zijde alles had gedaan, wat hij tot handhaving zijner rechten had kunnen doen, en dan geene kwestie kon ontstaan over de identiteit of latere deterioratie. De Rb. is dus blijkbaar van oordeel, dat in principe de kooper de niet-voldoende levering moet bewijzen, doch dat die bewijslast op den verkooper overgaat, indien hij het geleverde tijdig terugzendt! Juist andersom dus, als de gewone opvatting.

conformiteit der goederen aan de proeve. Reeds het bewijs van de identiteit der goederen is bijna onmogelijk geworden, zoodra deze in het bezit van den kooper zijn overgegaan: men denke slechts aan de mogelijkheid van verwisseling, zelfs te goeder trouw geschied. Zoolang nu geen omstandigheden zich hebben voorgedaan, die de slotsom wettigen, dat de kooper in het hem toegezondene heeft berust, d. w. z. zijn recht om zich tegen de vordering tot betaling op het onvoldoende der levering te beroepen, heeft laten varen, zou de verkooper, misschien na weigering van betaling van een driemaands-wissel, de gemelde drie punten moeten bewijzen om in zijn vordering te slagen, terwijl het den kooper zoude vrijstaan, steunende op art. 1902 B. W. en een zuiver passieve houding aannemende, den verkooper mede te deelen, dat het gezondene niet-accoord is gevonden en bijgevolg de betaling te weigeren. De verkooper ware daarmede machteloos gemaakt, der chicane een gevaarlijk wapen in de hand gedrukt. Dat kan — al ontbreekt een bepaling als van § 363 B. G. B. of § 377 Hand. G. B. — toch niet in den geest der wet [1]) liggen! Derhalve wordt de verkooper, zoo de kooper geene maatregelen heeft genomen om hem dat bewijs mogelijk te maken — wat toch de goede trouw, die de grondslag is van het handelsverkeer, zou hebben gevorderd — of door positieve handelingen het bewijs onmogelijk heeft gemaakt, van den bewijslast bevrijd en deze op de tegenpartij overgebracht. Deze heeft het bewijs des verkoopers „verwerkt". De Rb. te Rotterdam [2]) besliste, dat van den verkooper het bewijs van de conformiteit van de geleverde goederen met

---

[1]) Daarop beroept zich ook FAURE t. a. p., benevens op art. 1296 B. W., dat echter, als tot een geheel ander gebied van het recht behoorende, m. i. geen argument oplevert voor ontheffing van den bewijslast.

[2]) 9 Jan. 1897 W. 7004.

het monster niet meer kan gevorderd worden, nu de kooper het monster niet in ongeschonden toestand heeft bewaard, maar dit door manipulatie losser was geworden, terwijl het verschil juist loopt over de meerdere of mindere stijfheid van de geleverde platen vilt. Nu de kooper door zijn toedoen een deskundig onderzoek naar de conformiteit heeft onmogelijk gemaakt, kan zijn verweer te dien aanzien hem niet meer baten. Verder nog ging de Rb. te Amsterdam, door te beslissen, dat de reclame van den kooper niet opgaat, wanneer niet blijkt, dat hij eenige middelen heeft in het werk gesteld om de identiteit van monster en partij te bewaren, en hij hierdoor, na zoolang een tijdsverloop, het bewijs, den eischer incumbeerende, dat het gezondene was conform het monster, rechtens onmogelijk gemaakt heeft [1]).

In dezen zin beslissende uitspraken zijn nog in groot aantal te noemen [2]) [3]).

Dezelfde moeilijkheid ten aanzien van het bewijs als bij den koop op monster doet zich voor bij de nabestelling,

---

[1]) Vonnis 19 Dec. 1866, W. 2867.

[2]) Vg. o. a Rb. Amsterdam, 15 Nov. 1856, W. 1817; en Ktgr. Enschedé 23 Juni 1896, W. 6779.

[3]) Het vonnis der Rb. den Haag 20 Juni 1893 W. 6387 motiveert uitvoerig, waarom het meent geene ontheffing van den bewijslast in het bijzonder geval te mogen aannemen.

Het Gerechtshof den Bosch (24 Oct. 1882 W. 4861) en de Rb. aldaar (25 Nov. 1881 W. 4770) daarentegen wijken van den regel af, door aan het al of niet nemen van voorzorgen tot vergemakkelijking van het bewijs allen invloed op den bewijslast te ontzeggen. Overigens houde men in het oog, dat voor den kooper het bewijs der niet-conformiteit even lastig is als voor den verkooper dat der conformiteit. Dit blijkt genoegzaam uit een vonnis der Rb. Dordrecht (4 April 1864 W. 2694), waar de eisch des koopers tot ontbinding en de reconventionneele eisch des verkoopers tot betaling beide werden ontzegd, de eerste omdat de niet-conformiteit, de laatste omdat de conformiteit niet gebleken was!

waar een vroegere leverantie als het ware de proeve is, waaraan het geleverde moet voldoen. Ook daar rust op den verkooper, die betaling vordert, de bewijslast, dat het gezondene met de vroegere leverantie overeenstemt. Legt nu de kooper geene exemplaren van die vroegere leverantie ter vergelijking over, dan kan des verkoopers positie even lastig worden als bij den koop op monster. Wil men consequent blijven, dan moet ook in dit geval de bewijslast op den kooper worden overgebracht. Het gaat toch niet aan, te zeggen, dat de verkooper den koop maar niet had moeten afsluiten of althans met de conditie, dat de goederen moesten zijn conform een vroegere bestelling, geen genoegen had moeten nemen, zoo hij zich niet in staat gevoelde ingeval van betwisting te bewijzen, dat het geleverde aan die conditie voldeed [1]). Een dergelijke doctrinaire overweging houdt geen rekening met de eischen van het verkeer. Het kan toch waarlijk niet in allen ernst van een koopman worden gevorderd bij iedere handelstransactie zich de regelen van den bewijslast, waaromtrent rechters en andere juristen het oneens zijn, voor oogen te houden, alvorens een verbintenis aan te gaan? Werd deze opinie vaste jurisprudentie, dan ware ook de koop op monster buiten de wet gesteld.

Een der interessantste voorbeelden van ontheffing van den bewijslast is het geval, beslist door de Rechtbank te Gorinchem en in hooger beroep door het Prov. Ger. van Zuid-Holland bij arrest van 21 Feb. 1870 [2]), waartegen de cassatie werd verworpen bij arrest van den H. R. van 10 Juni 1870. Het betrof een gewone overeenkomst van koop en verkoop eener stoombaggermachine, waarvan de

---

[1]) Aldus: Rb. Amsterdam 18 Oct. 1895 W. 6804.

[2]) Beide uitspraken te vinden in W. 3215, het arr. H. R. in W. 3230. Zie over dit geval ook POST, p. 45 v. v.

betaling voor de Rechtbank werd gevorderd. Gedaagden beweerden, dat de machine niet de bedongen qualiteit bezat, zoodat de eischer de behoorlijke levering moest aantoonen. In dit bewijs schoot hij te kort en de vordering werd afgewezen. Het Gerechtshof echter besliste anders, in aanmerking nemende wat tusschen partijen was voorgevallen. De machine was door de koopers aan- en overgenomen [1]), de verkooper had, zoodra hij van de koopers het bericht ontving, dat het werktuig hun was voorgekomen niet aan des verkoopers verzekering te voldoen, alles wat in zijn bereik lag, aangewend, om van den door hem beweerden voldoenden toestand te doen blijken, doch de koopers, die waren en bleven in het bezit, hadden steeds ontweken daartoe mede te werken. Ja zelfs lieten zij het door hun gedane aanbod, om zich persoonlijk van de goede hoedanigheid der machine te overtuigen, onbeantwoord, zonder voor deze hunne handelwijze eenige reden op te geven. Een lid van de firma des verkoopers was nl. overgekomen om aan te toonen, dat bij een juiste behandeling de machine aan alle eischen voldeed, doch de koopers bleven daarbij eenvoudig weg. Dat alles in aanmerking genomen — overwoog het Hof — moet de rechter de beweringen des koopers als onaannemelijk beschouwen en is de verkooper, na alles wat ten deze heeft plaats gehad en des koopers eigene houding en gedragingen niet meer verplicht nader bewijs te leveren, dat de door hem verkochte machine de daaraan toegeschreven hoedanigheid bezat. De kooper werd derhalve tot betaling van den koopprijs veroordeeld. Het beroep in cassatie werd door den Hoogen Raad verworpen; ook dit college was van oordeel, dat na de volgens het beklaagde arrest vaststaande handelingen en gedragingen des koopers den verkooper „het

---

[1]) Vg. REINHOLD, p. 73.

niet-leveren van bedoeld bewijs niet zoude kunnen worden tegengeworpen". Liet ons hoogste rechtscollege zich hier werkelijk verleiden „door zijn billijkheidsgevoel gedreven, de bepaling van art. 1902 als niet bestaande te beschouwen", liet het „zijn gevoel van goedertierenheid" zwaarder wegen dan het positieve voorschrift der wet? [1])

B. Schuld als vereischte der verbintenis uit onrechtmatige daad.

Naar de vaststaande jurisprudentie van den Hoogen Raad behoort bij de actie uit art. 1401 B. W. de schuld tot den grondslag der vordering en rust te dien aanzien dus de bewijslast op den eischer [2]) [3]). Deze moet dus, om in zijne vordering te slagen, bewijzen: 1°. de handeling des gedaagden, 2°. de wederrechtelijkheid daarvan (bijvoorbeeld: zijn recht, dat hij gekrenkt acht), 3°. de schade als gevolg der handeling, 4°. de schuld d. w. z. dat de gepleegde handeling den gedaagde van subjectief standpunt kan worden toegerekend, dat hem te dier zake een verwijt kan treffen.

Het ligt voor de hand, dat het bewijs van een intern feit als de schuld niet gemakkelijk en nooit direct (behalve het opzet, door den eed) te leveren is. Juist de bezwaren aan het bewijs der schuld verbonden maken de contractsactie, zoo men die heeft, zooveel verkieslijker dan die uit onrechtmatige daad. Dat de niet- of niet-tijdige uitvoering der verbintenis voortkomt uit een vreemde oorzaak, heeft de schuldenaar te bewijzen; op den schuldenaar rust de bewijs-

---

1) Post, p. 50, vg. Hazelhoff Roelfsema, p. 86.

2) Anders: Prov. Ger. Noord-Holl. 9 Oct. 1862 W. 2442, Rb. Amsterdam 9 Maart 1880 W. 4538 en Utrecht 2 Nov. 1887 W. 5493.

3) Vg. Drucker, „naar aanleiding van eenige vonnissen uit den laatsten tijd over art. 1401 B. W." in Rechtsg. Mag. 1890 p. 595 v. v.

last der overmacht (art. 1280 B. W.). Hier echter wordt men eerst door de onrechtmatige daad schuldenaar en tot de elementen dier onrechtmatige daad — dus ook tot den grondslag der vordering uit onrechtmatige daad — behoort, blijkens art. 1401 B. W., de schuld. Toch kunnen zich feitelijke constellaties voordoen, die het — althans zoo is de algemeene opinie — onbillijk maken van den eischer nog een bijzonder bewijs der schuld te vorderen en waarin dus de bewijslast van zijne schouders op die van den gedaagde moet worden gelegd.

In die gevallen behoeft de eischer de schuld niet te bewijzen, en rust, evenals bij wanpraestatie, de bewijslast der overmacht op den gedaagde. Men motiveert dit dan met een „vermoeden van schuld" of wel met de overweging, „dat de schuld zelf in de feiten ligt opgesloten." Zelfs DRUCKER, die in zijn geciteerd opstel [1]) uitdrukkelijk als zijn meening uitspreekt, dat voor een vermoeden van schuld noch in de wet, noch in gangbare rechtsopvattingen steun is te vinden, en dat de leer, die in de feiten zelf de schuld opgesloten acht, soms zeer aannemelijk, vaak niets meer is dan een fictie, is van gevoelen, dat, wanneer er hooge waarschijnlijkheid is, dat den gedaagde het verwijt van onvoorzichtigheid treft — al kan hij misschien exceptioneele omstandigheden aanvoeren, die hem vrijpleiten — een redelijke verdeeling van den bewijslast medebrengt, dat men den gedaagde het bewijs dier zeer bijzondere omstandigheden oplegt [2]) [3]).

Enkele voorbeelden uit de zeer rijke jurisprudentie: Het aanrijden van een persoon door een bestuurder van een

---

1) p. 603.

2) p. 604.

3) Over de uitsluitende bevoegdheid des wetgevers om wettelijke vermoedens te scheppen vg. WEBER, p. 63—86, LAURENT dl. 19 p. 627 („la puissance de la tradition").

voertuig wordt beschouwd als een onregelmatige handeling tegen de gewone orde van zaken indruischende. Staat de aanrijding vast, dan moet hieruit het vermoeden worden afgeleid, dat door den voerman bij het rijden met onvoorzichtigheid is te werk gegaan en rust mitsdien de bewijslast ten deze in de allereerste plaats bij den gedaagde, zal hij zich van de betaling der gevraagde schadevergoeding kunnen ontheffen [1].

Wanneer een schip in botsing komt met een stille, vastliggende, onbeweegbare massa bijv. met een brug, dan wettigt dit althans voorloopig het vermoeden, dat bij hem, die het aanstootend voorwerp onder zijn opzicht had, onvoorzichtigheid, verzuim of schuld moet worden gezocht [2]; zoodanige aanvaring vormt op zich zelf reeds een onrechtmatige daad, aanspraak gevende op vergoeding der daardoor veroorzaakte schade, tenzij de dader of degeen, die daarvoor aansprakelijk is er in slage te bewijzen, dat het „desaster" aan toeval of overmacht is te wijten [3]. Evenzeer rust, indien een te bekwamer plaats vastgemeerd en van licht in den mast voorzien schip is aangevaren, de bewijslast van de schuld ontheffende gevallen van toeval of overmacht op hem, die de aanvaring veroorzaakte en kan de eischeres volstaan met het bewijs, dat aan haar geen schuld is te wijten [4].

Eindelijk ligt in het feit, dat een paard en rijtuig, zonder dat de koetsier zich op den bok bevindt, een kiosk omvér-rijdt, de schuld van den koetsier opgesloten [5].

---

[1]) Rb. Amsterdam 1 Dec. 1892 W. 6350.

[2]) Rb. Amsterdam 5 Nov. 1889 W. 5812.

[3]) Ger. Amsterdam 24 Dec. 1897 W. 7106.

[4]) Rb. Haarlem 30 Dec. 1884 W. 5150 (anders: Hof den Haag 2 Maart 1903 W, 7912).

[5]) Hof Amsterdam 19 Feb. 1886 W. 5268.

Ook de rechtspraak van het Duitsche Reichsgericht [1]) brengt zoo in deze en dergelijke gevallen als bij die onder A. behandeld, den bewijslast van de éene op de andere partij over.

§ 4.

Hoe is een en ander nu met de positieve wet en wat ons vooral interesseert, met het beginsel dat een voorschrift alleen kan worden toegepast, indien zijne feitelijke bestanddeelen vaststaan, in overeenstemming te brengen? Ik hoop dit te doen, door aan te toonen, dat, wat men „omkeering van den bewijslast" noemt, volkomen ten onrechte met dien naam wordt bestempeld. Twee misvattingen hebben hier haar invloed doen gelden: 1⁰ de meening, dat bewijs van een feit mede brengt, dat dit in den zin der logica WAAR is en dus het tegendeel volstrekt is uitgesloten [2]), 2⁰ een onvoldoend inzicht in de leer der rechterlijke vermoedens, (présomptions simples [3]), praesumtiones facti s. hominis).

Dat het historische bewijs, het bewijs van de waarheid van „bestimmte, concrete und individuelle Thatsachen" (HEUSLER) geen dwingend karakter heeft, wordt thans door niemand bestreden. Het historisch bewijs, zelfs de eigen waarneming des rechters [4]), maakt een zaak volstrekt niet voor goed uit, zoodat de mogelijkheid van het tegendeel absoluut is uitgesloten. Het beteekent niets anders dan het — door de voor

---

1) Zie het gesystematiseerde overzicht (met uitvoerige uittreksels) bij BETZINGER, deel I (Urtheilsauszüge).

2) OPZOOMER, Aant., p. 255, 286, vg. R. O. p. 45, St.C. p. 59.

3) Vg. BONNIER p. 26.

4) Zie echter: VON CANSTEIN, Lehrbuch p. 250 v. en Rat. Grundl. p 27 v v.

dat bewijs gepaste middelen — den rechter doen aannemen van een hoogen graad van waarschijnlijkheid van het te bewijzen feit. Het bewustzijn dier waarschijnlijkheid vormt de overtuiging des rechters. Natuurlijk is het niet voldoende om een feit als bewezen te beschouwen, dat de waarheid daarvan den rechter niet onaannemelijk voorkomt. Er zij een zoo hooge graad van waarschijnlijkheid, dat — al moge ook het tegendeel niet onmogelijk zijn — het den rechter op grond van zijn levenservaring en zijn kennis van de menschelijke natuur en de maatschappelijke verhoudingen onverstandig voorkomt nog aan de waarheid van het feit te twijfelen. Heeft de eischer door zijne bewijsvoering het bewustzijn van een zoodanige waarschijnlijkheid gewekt, dan is de rechter overtuigd en het feit bewezen. Meer dan een verstandig, in beschaving op de hoogte van zijn tijd staand mensch te overtuigen, vermag géén bewijs [1], en dat dit zoo zijn en blijven moet, zal ieder toegeven, die bedenkt dat de rechter een mensch en het menschelijk inzicht gebrekkig is. De tegenstelling tusschen door getuigen of geschrift geleverd BEWIJS en door vermoedens gebleken WAARSCHIJNLIJKHEID [2] mist dus goeden grond; het eenige verschil zou kunnen liggen in de mate der waarschijnlijkheid, doch ook in dit opzicht bestaat er tusschen de verschillende bewijsgronden geen onderscheid: bij bewijs door vermoedens wordt een even hooge graad van waarschijnlijkheid gevorderd [3].

Met nadruk moet worden gewaarschuwd tegen de voorstelling van BECKH, [4]) dat ingeval een bewijsvoering op den

---

[1]) FAURE IV[3] p. 135, STEIN p. 31, BETZINGER p. 287, FITTING p. 66, HEUSLER p. 224, ROSENBERG p. 88 v. en reeds LANGENBECK II, p. 272.

[2]) POST p. 90, UNGER p. 578, MARCADÉ dl. V, p. 158 j° 218, art. 3435 Ontw. 1820.

[3]) FAURE t. z. p.

[4]) p. 13 v.

rechter den indruk maakt gelukt te zijn, daardoor de bewijslast wordt verschoven. Buiten dezen regel zou de praktijk volgens BECKH niet kunnen bestaan, hij is een „gerichtliches Gewohnheitsrecht", volgens hetwelk de partij, in welker belang een feit moet vaststaan, volstaat, met dit in hooge mate waarschijnlijk te maken. In werkelijkheid echter is een bewijsvoering, die op den rechter den indruk maakt gelukt te zijn, het hoogste, wat de partij bereiken kan, zij heeft bewijs geleverd. Noch de vraag, op wien het dubieus-blijven van het feit neerkomt, [1]) noch de eigenlijke bewijslast wordt daardoor geraakt; evenmin als een behoorlijke kwitantie kan gezegd worden een „beweislastverschiebende" [2]) werking te hebben. De tegenpartij kan tegenbewijs leveren, bewijslast echter treft haar op dien grond niet.

Men pleegt te zeggen, dat het materiaal voor de beslissing des rechters uit twee elementen bestaat: den rechtsregel en de feiten. Beide moeten hem bekend zijn, wil hij een rechtvaardig vonnis vellen. Da mihi factum, dabo tibi jus. Art. 59 n°. 3 W. v. B. R. gaat van hetzelfde denkbeeld uit door te eischen, dat het vonnis behelst de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken (minor) als het rechtspunt (major), ieder afzonderlijk, betreft, en de beslissing (conclusio) [3]).

Deze beschouwing moge juist zijn, volledig is ze zeker niet [4]). Er komt n.l. in de procesmaterie nog een ander element voor, dat noch tot de feiten, noch tot het recht kan worden

---

[1]) Dit eerste erkent ook BECKH; de verschuiving zou alleen den „processuëelen" bewijslast betreffen, doch ook deze kan nooit buiten den „materiëelen" gaan, met welk laatste begrip hij ons „risico" bedoelt.

[2]) p. 219 v. v. Zoo ook LEVY-OPZOOMER voor de schuldbekentenis (XII, p. 132 v.v.)

[3]) Eveneens FAURE IV[1] p. 13.

[4]) DE HARTOG, p. 5 v. v.

gerekend, maar dat niettemin den rechter moet bekend zijn en mede behoort tot de „gronden der uitspraak".

Een actie tot schadevergoeding wegens mishandeling is ingesteld en wordt toegewezen. De uitspraak, ontleed in de bekende drie bestanddeelen, luidt:

(*Major*). Moedwillige of onvoorzichtige kwetsing of verminking van eenig deel des lichaams geeft aan den gewonde het recht om, behalve de vergoeding der kosten van herstel, ook die der schade, door de kwetsing of de verminking veroorzaakt, te vorderen (art. 1407 lid 1 B. W.).

(*Minor*.) A heeft moedwillig B een messteek in den arm toegebracht.

(*Conclusio*.) A is verplicht B de kosten van herstel en de verdere schade te vergoeden.

Tot dit syllogisme echter komt de rechter niet onmiddellijk. Wel is de wet, de major hem bekend, maar hoe verkrijgt hij zekerheid van de feiten? Twee getuigen verklaren, dat zij, enkele minuten na het oogenblik, waarop de mishandeling plaats moet hebben gehad, A. van de plaats des ongevals zagen aankomen, snel loopende, met opgewonden uiterlijk. Twee andere getuigen hebben iets later A. ontmoet in de herberg te Y. en zagen, dat hij den waard aldaar een bebloed mes in bewaring gaf, waarvan geneeskundigen berichten, dat het precies in de wonde past. Wat is nu de gedachtengang des rechters?

EERSTE HULPSYLLOGISME: BEWIJSKRACHT DER BEWIJSMIDDELEN.

(*Major*). Te goeder naam en faam bekend staande, naar de wet toelaatbare getuigen verdienen geloof.

(*Minor*). Door twee te goeder naam en faam bekend staande getuigen wordt verklaard, dat A. kort na het ongeval, haastig van de plaats, waar dit geschied was, kwam aan-

loopen, met opgewonden uiterlijk; twee andere getuigen, eveneens geloofwaardig, verklaren hem een bebloed mes aan den waard te Y. te hebben zien overhandigen, welk mes in de wonde past.

(*Conclusio*). A. is, kort na het ongeval, van de plaats, waar dit geschied was, haastig en met opgewonden uiterlijk komen aanloopen en heeft den waard te Y. een bebloed mes, dat in de wonde past, overhandigd.

Thans is de rechter iets verder tot zijn eindbeslissing genaderd, doch afgeloopen is zijn redeneering nog niet: het rechtsfeit, de mishandeling is nog niet gegeven, nog één logische sprong is daartoe noodig.

TWEEDE HULPSYLLOGISME: GEVOLGTREKKING UIT BEKENDE FEITEN TOT HET ONBEKENDE RECHTSFEIT.

(*Major*). In onze maatschappij loopt niemand, die niet iets op zijn geweten heeft, met een bebloed dolkmes in zijn zak; komt hij nog bovendien haastig en opgewonden aanloopen van een plek, waar iemand is aangevallen en tracht hij dat mes weg te maken, terwijl dit in de wonde blijkt te passen, dan is hij met menschelijke zekerheid de dader der mishandeling.

(*Minor*, = *Conclusio* van het eerste hulpsyllogisme): A kwam, kort na de mishandeling, haastig en opgewonden van de plek der strafbare handeling aanloopen en gaf iets later den waard te Y een bebloed, in de wonde passend mes over.

(*Conclusio*): A heeft de mishandeling gepleegd.

Eerst nu heeft de rechter de macht zijn eindsyllogisme (het vonnis) te trekken, eerst nu kan de minor daarvan: „A heeft de mishandeling gepleegd (= de conclusie van het tweede hulpsyllogisme) daarin worden ingevoegd. Om dus tot zijne beslissing te geraken moest de rechter overwegen,

bewust of onbewust, 1e dat te goeder naam en faam bekende personen geloof verdienen, 2e dat in onze maatschappij het niet de gewoonte is bebloede messen bij zich te dragen. Dat dit zoo is, moet hij weten; op de waarheid daarvan berust zijn uitspraak. Toch kan men niet zeggen, dat men hier met een feit of met een rechtsregel te doen heeft. Dat in een beschaafd land niemand met een bebloed mes rondloopt is toch geen rechtsregel? En een feit is het evenmin; de volkstaal moge alles wat zij ons verzekeren wil, een „feit" noemen, in juridischen zin is feit alleen een concrete, individueele gebeurtenis of toestand. Wij hebben hier niet met feiten te doen, maar met regels, en niet met rechtsregels, maar met regels van ervaring [1]).

De miskenning dezer regels, die in de redeneering des rechters telkens als major van een syllogisme dienst doen, heeft een ernstig beletsel gevormd voor het verkrijgen van een juist inzicht in het wezen van verschillende instituten van procesrecht. De aard van het indirect bewijs, de bewijskracht der bewijsmiddelen [2]), het verschil tusschen getuigen en deskundigen en nog veel meer kan alleen met behulp dier ervaringsregels worden begrepen. En — waarop het voor ons vooral aankomt — de erkenning van de beteekenis der ervaringsregels laat geen plaats meer voor de omkeering van den bewijslast door den rechter.

---

[1]) De Hartog l.c., Stein p. 11 v. v., Fitting p. 65 en v. v.

[2]) Een goed voorbeeld is het vonnis der Rb. Rott. 22 Oct. 1902 W. 7944, die in een aanvaringszaak, waarin de getuigen elkaar tegenspraken, overwoog, dat de opvarenden van een schip beter over de bewegingen van dat schip kunnen oordeelen dan anderen, die zich niet op dat schip bevonden.

§ 5.

Ervaringsregels (Erfahrungssätze, Regeln des Lebens) zijn algemeene, abstracte waarheden, onafhankelijk van het concrete, door den rechter te beoordeelen geval geldende, tot welker kennis men, door waarneming van bepaalde gevallen, langs inductieven weg is opgeklommen: „Definitionen oder hypothetische Urtheile allgemeinen Inhaltes... aus der Erfahrung gewonnen, aber selbstständig gegenüber den Einzelfällen, aus deren Beobachtung sie abgezogen sind und über die hinaus sie für neue Fälle Geltung beanspruchen" [1]). Zij zijn ontleend aan alle gebieden van het menschelijk weten, van de meest ingewikkelde technische problemen tot de eenvoudigste, banaal-schijnende waarheden, zij berusten op het denkbeeld, dat onder bepaalde omstandigheden regelmatig dezelfde gevolgen zullen intreden. Dat nemen wij aan, omdat wij in een reeks waargenomen gevallen gezien hebben, dat onder bepaalde voorwaarden zekere gevolgen plaats grijpen met een zoodanige regelmatigheid, dat wij op die ervaring de verwachting kunnen bouwen, dat ook in toekomstige, nog niet waargenomen gevallen, het verloop der zaak hetzelfde zal zijn [2]).

Bestaat er voor die verwachting grond, dan heeft men een regel van ervaring gevonden, die geldt in het afgetrokkene, onafhankelijk van de bijzondere gevallen, uit welker waarneming hij is bekend geworden. Dat een dolksteek in de hartstreek doodelijk is, dat cholera besmettelijk is, dat jaarlijks 105 jongens tegen 100 meisjes geboren worden, dat iemand, die juist een strafbaar feit pleegde, zich op een bepaalde wijze gedraagt, zijn geen feiten, maar regels van ervaring, ontleend aan de geneeskunde, de bevolkingsleer,

---

[1]) Stein, p. 21.

[2]) Vg. Stein, p. 20, Bonnier, p. 11.

de crimineele psychologie. Al deze regels kunnen in een proces in toepassing komen en zijn dan op gelijke wijze te behandelen.

Bij de gevolgtrekking nu, die de rechter uit een bekend (d. i. op grond van bewijs of anderszins geconstateerd) feit maakt om tot het bestaan van een ander feit te besluiten, is steeds een ervaringsregel de brug, die van het bekende naar het onbekende feit leidt [1]). Het gevolg van de toepasselijkheid van den regel op het speciale geval is dan, dat het aanvankelijk onbekende feit als vaststaande kan worden beschouwd. De rechter is overtuigd, neemt het feit op grond van den ervaringsregel als waar aan, het is bewezen. Dat de toepasselijkheid van den regel door exceptioneele omstandigheden is uitgesloten, zoodat in het bijzonder geval de gevolgtrekking faalt, is niet onmogelijk, maar deze mogelijkheid bestaat evenzeer bij het direct bewijs [2]): logische zekerheid levert het bewijs van feiten nooit. Dat zulke exceptioneele omstandigheden aanwezig zijn, zal de andere partij door eene tegenbewijsvoering hebben aan te toonen. Zoodra de rechter het ingrijpen van den ervaringsregel erkent, is het feit bewezen. Het geldt hier het zgn. indirect bewijs, het bewijs door vermoedens (art. 1959 B. W.). In de beoordeeling van de toepasselijkheid van den ervaringsregel is de rechter vrij, al is hij natuurlijk verplicht zijn vonnis te motiveeren (art. 161 Grondw.). Hij heeft echter steeds de feiten, die zich in het bijzonder geval voordoen, nauwkeurig te wegen; de geringste

---

[1]) DERNBURG, dl. I p. 378; onjuist: VON CANSTEIN, Lehrb. II p. 295 v.v., die „Indizien" (Thatsachen) en „Argumenten" (Sätze) als gecoördineerde begrippen („materielle Beweisgründe") behandelt.

[2]) Ook bij de appreciatie van getuigen etc. speelt immers de ervaring een rol: „geloofwaardige" menschen kunnen zeer wel in concreto gelogen hebben.

omstandigheid kan het ingrijpen van den regel beletten en de juistheid der gevolgtrekking dubieus doen zijn. Bij geregeld wederkeerende, volkomen gelijksoortige gevallen kan zich een vaste jurisprudentie vormen, de rechter heeft niettemin altijd na te gaan of hij in concreto den ervaringsregel toepasselijk acht. De waarschuwing in art. 1959 tot den rechter gericht (vg. art. 408 W. v. Sv.) moge verouderd zijn, te rechtvaardigen is zij zeker. Zij zal den rechter beletten mee te gaan met hen, die elke bloote waarschijnlijkheid tot ervaringsregel willen verheffen en bijv. bij een objectief-onrechtmatige handeling de schuld steeds als aanwezig willen beschouwd zien, omdat bij inachtneming van de in het verkeer regelmatige omzichtigheid en zorgvuldigheid geen schade ontstaat [1]). Een dergelijke quasi-ervaringsregel gaat m. i. veel te ver [2]). Doch aan den anderen kant zij de rechter niet al te angstvallig, hij twijfele niet langer, waar een verstandig, conscientieus persoon overtuigd zou zijn. De eischer zal daardoor misschien gemakkelijker den grondslag zijner vordering kunnen bewijzen, doch het tegenbewijs des gedaagden zal ook eerder zijn geslaagd: zoodra de rechter ook maar den minsten twijfel koestert aan het opgaan der gevolgtrekking in het bijzonder geval, is de kracht van den regel gebroken en wordt de eischer op grond van het niet-vaststaan der feiten afgewezen.

In alle gevallen nu, waarin de rechter op grond van de billijkheid of van eene „waarschijnlijkheid" tot een omkeering

---

[1]) Fitting p. 70, vg. Betzinger p. 365.

[2]) De Motive dl. II p. 729 zeggen zelfs bezwaar te maken tegen een verdeeling van den bewijslast, waarbij de gedaagde algemeen zijn onschuld heeft aan te toonen, wanneer hij schade heeft veroorzaakt. Hadden zij een ervaringsregel, als door Fitting wordt opgesteld, erkend, dan zouden zij tegen de door hen niet aanvaarde bewijslastverdeeling ook wel geen bezwaar gemaakt hebben.

van den bewijslast besluit, vindt eenvoudig niets anders plaats dan het toepassen van een regel van ervaring. Een juiste gedachte wordt in onjuiste bewoordingen belichaamd. De rechter bedoelt te zeggen: de beweringen des eischers komen mij zoo aannemelijk voor, dat thans de gedaagde, wil hij niet worden veroordeeld, gronden tegen de waarheid daarvan moet aanbrengen. De gedaagde moet bewijzen! De rechter zégt: ik keer den bewijslast om.

In werkelijkheid echter neemt hij de door eischer gestelde feiten als bewezen aan op grond dat andere feiten vaststaan, waaruit naar een regel van ervaring tot het bestaan daarvan kan worden besloten. Hij is door de uit de vaststaande feiten resulteerende vermoedens zóó overtuigd, dat de waarheid van des eischers beweringen voor hem vaststaat, een overtuiging, die slechts door tegenbewijs aan het wankelen kan worden gebracht. De bewijslast staat hier geheel buiten en gaat ook niet op den gedaagde over: het blijft altijd op den eischer neerkomen, indien het den gedaagden gelukt twijfel te wekken aan de juistheid der gevolgtrekking [1]). De gedaagde moet bewijzen, doch niet omdat op hém bewijslast rust, maar omdat de feitelijke bestanddeelen van het voorschrift, waarop de eischer zich beroept, aanvankelijk geconstateerd zijn en dus toepassing daarvan d.i. veroordeeling moet volgen, wanneer de gedaagde er niet in slaagt ze weder dubieus te maken. Zijn bewijs is gericht tegen de toepassing van het den eischer gunstige rechtsvoorschrift en is dus als tegenbewijs te beschouwen. Geen regel van ervaring kan teweegbrengen, dat op de

---

[1]) Hieruit volgt dat de zgn. vrije bewijsleer, voorzoover die op de waardeering van het bewijsresultaat betrekking heeft (Prinzip der freien Beweiswürdigung), de hooge belangrijkheid der verdeeling van den bewijslast niet wegneemt. Slechts de bewijsvoering wordt daardoor vergemakkelijkt.

vraag: wie draagt het nadeel, indien een feit niet geconstateerd wordt? een ander antwoord moet worden gegeven. Deze vraag wordt door abstracte rechtsvoorschriften beheerscht, de regels van ervaring komen te pas bij de bewijsvoering en de appreciatie van geleverd bewijs, doch hebben niets met den bewijslast uit te staan[1]. Het gevaar wegens het niet-vaststaan van een bepaald feit het proces te verliezen rust en blijft steeds, gedurende het geheele proces, rusten op dezelfde partij, nl. diegene, welke zich beroept op het voorschrift, waarvan dat feit een bestanddeel uitmaakt. De vraag: wie draagt het nadeel, indien een feit niet vaststaat (én dus eventueel den bewijslast)? moet scherp worden gescheiden van deze: is een zeker feit aanvankelijk geconstateerd en kan het dus (behoudens tegenbewijs) als waar worden aangenomen? Met de laatste vraag hebben wij te doen, wanneer er van de toepassing van een ervaringsregel sprake is. De rechter verklaart „durch den vom Beweispflichtigen geführten Indizienbeweis so weit überzeugt zu sein, dass positiv nichts mehr fehle" [2]: het door dezen gestelde staat vast, behoudens tegenbewijs.

De opvatting[3], dat de regels van ervaring bepalen op wien werkelijk, doch andere factoren op wien principiëel de bewijslast rust, miskent de éénheid van het begrip bewijslast en het karakter der ervaringsregels als bewijsgronden, en leidt bovendien tot de onjuiste gevolgtrekking dat, om den ervaringsregel buiten werking te stellen, het tegendeel van het gestelde positief moet vaststaan, dus twijfel aan de juistheid der gevolgtrekking niet voldoende is. Naar de m.i. alleen juiste opvatting zijn de regels van ervaring nooit anders dan een grond, waarop de waarheid van een feit

---

[1]) ROSENBERG, Archiv., p. 14.
[2]) STEIN, p. 35.
[3]) FITTING, p. 66, 67.

kan worden aangenomen, en dus bewijsgrond, wanneer het feit, waaruit men concludeert, door bewijs is geconstateerd, en anders eenvoudig: grond voor de waarheid van een feit.

Niet geheel nauwkeurig is het te zeggen dat de door de ervaringsregel geschapen waarschijnlijkheid het werkelijke bewijs des eischers vervangt, of dat de eischer niet steeds den grondslag zijner vordering in alle bijzonderheden te bewijzen heeft, doch soms de gedaagde onmiddellijk tegenbewijs moet leveren [1]). Naar geldend recht (vg. art. 1903 B. W.) is het gevolg van den ervaringsregel, dat een feit *bewezen is* of *als bewezen* (vaststaande) *kan worden aangenomen*, al naar gelang het feit, waaruit de rechter tot de waarheid van het gepresumeerde besluit, door bewijs resp. door notoriëteit of niet-betwisting tot zekerheid is gebracht. De eischer, die een hulpfeit bewijst, waaruit op grond der ervaring de waarheid van een rechtsfeit volgt, heeft zich van de taak, die de bewijslast op hem legt, gekweten, hij heeft ook het rechtsfeit (middellijk) bewezen. Bleef het door eischer gestelde hulpfeit onbetwist of is het notoir, dan is ook het hoofdfeit (middellijk) geconstateerd, tengevolge der niet-betwisting of notoriëteit. Dát is eenvoudig een kwestie van terminologie: iedere grond waarop de waarheid van een feit kan worden aangenomen, kan tevens middellijk grond zijn voor de waarheid van een tweede feit, welke krachtens de ervaring uit die van het eerste volgt.

Daarom verdient het m. i. ook geene aanbeveling het karakter van de vermoedens hierin te zoeken, dat van feiten, welker waarheid uit die van andere bekende feiten, naar 's rechters (of 's wetgevers) oordeel volgt, geen bewijs behoeft geleverd te worden, daar immers, indien het bekende feit bekend is door bewijs, ook het hoofdfeit

---

[1]) BETZINGER, p. 364 v.

bewezen is [1]. Dit laatste kwam beter uit in art. 1903 Ontw. St. C. luidende: het bewijs wordt geleverd óf door onmiddellijk het feit zelf te bewijzen, of middellijk door het bewijs van één of meer feiten, waaraan (hetzij de wet, hetzij) de rechter het gevolg verbindt, dat het feit, welks bestaan bewezen moest worden, als waar aangenomen wordt. Deze redactie past echter weer niet voor geval het bekende feit notoir of niet betwist was en dus van bewijs geen sprake is. Aan alle bezwaren komt m. i. deze redactie tegemoet:

Een feit, waarvan het bestaan volgt, (hetzij krachtens wettelijk voorschrift, hetzij) naar het oordeel des rechters, uit andere bewezen of als waar aangenomen feiten, kan als vaststaande worden aangemerkt.

Dat de gevolgtrekking des rechters in het bijzondere geval tot een onjuiste slotsom leidt, heeft het tegenbewijs aan te toonen (art. 1906 R. O.). Echter is 't daartoe, anders dan bij wettelijke vermoedens voldoende, indien de ervaringsregel niet blijkt op te gaan en niet noodzakelijk, dat hij positief blijkt niet op te gaan, want twijfel omtrent de toepasselijkheid van den regel komt neer op hem, in wiens belang hij is ingeroepen, deze draagt den bewijslast of ruimer: het gevaar van het niet-vaststaan van het feit.

Onze vraag: omkeering van den bewijslast of tegenbewijs? is dus ook van practisch gewicht: 1°. ingeval noch de waarheid noch de onwaarheid van heit feit is gebleken: dan hangt de eindbeslissing er van af, of men al of niet omkeering van den bewijslast aanneemt; 2°. voor de cassatie: schending van de bewijslastregelen (art. 1902 B. W.) maakt een vonnis

---

[1] Zie art. 1904 R. O.; waartegen hoofdartikel W 7966, anders: toel. op art. 1904 R. O., vg. OPZOOMER, Aant. p. 246.

cassabel, de gerechtvaardigdheid van het aannemen van de waarheid van een feit daarentegen (en dus ook de beoordeeling van de vraag, of de tijd voor het tegenbewijs gekomen is) is, als feitelijke beslissing, aan het oordeel van den cassatierechter onttrokken [1]).

Nog dient te worden opgemerkt, dat indien verschillende feiten tot den grondslag eener vordering behooren, het volstrekt niet is uitgesloten, dat de waarheid van één daarvan krachtens de ervaring volgt uit één der andere, eveneens tot dien grondslag behoorende feiten, in verband met de wijze, waarop dit plaats greep. De feiten, waaruit het bestaan van een tot den grondslag behoorend feit volgt, zullen in den regel daarbuiten liggen, doch noodzakelijk is dit niet. De toepassing hiervan zullen wij bij de actie uit onrechtmatige daad kunnen zien.

§ 6.

In al de boven gemelde uitspraken nu, waarin de bewijslast op grond van bemoeilijking van het bewijs der tegenpartij of van een vermoeden van schuld werd „omgekeerd", of „geen bewijs van den eischer meer mocht worden gevorderd", drukte de rechter zich minder nauwkeurig uit: hij keerde niet, zooals hij meende, den bewijslast om, maar bevond, dat er voldoende grond aanwezig was om de bewering der ééne partij als waar aan te nemen en derhalve van de andere het tegenbewijs te vorderen. Hij sprak zijn oordeel uit over de bewijskracht der vaststaande feiten, (bewijsappreciatie), iets waarin hij absoluut niet door de regelen omtrent den bewijslast verhinderd wordt.

Wanneer den kooper de proeve ter bewaring is gegeven en dus overeenkomst of althans goede trouw hem verplichtte

---

[1]) Zie o. a. H. R. arr. 12 April 1889, P. v. J. 1889 No. 56; MARCADÉ p. 219; BONNIER II, No. 817; VAN BELL, p. 110; DIEPHUIS III, p. 219.

voor het behoud daarvan zorg te dragen teneinde eventueel den verkooper in staat te stellen, het bewijs der conformiteit van goederen en monster te leveren, dan zegt ons de ervaring, dat, wanneer hij het monster beschadigt of wegmaakt en dus het bewijs des verkoopers onmogelijk maakt, de deugdelijkheid van het geleverde en de conformiteit daarvan aan het monster als vaststaande kan worden aangenomen [1]). Immers, indien de praestatie werkelijk niet aan het monster voldeed, zou de kooper het monster wel zorgvuldig hebben bewaard om op die wijze tot de ontdekking van de werkelijke toedracht mede te werken. Dat hij het monster opzettelijk heeft vernietigd, behoeft niet te blijken. [2]) De gevolgtrekking, die de rechter uit het niet- of niet in den oorspronkelijken staat vertoonen van het hem toevertrouwde monster maakt, moet de kooper zoolang tegen zich laten gelden, als hij niet bewijzen kan (tegenbewijs) dat ze onjuist of althans van twijfelachtige juistheid is, bijv. door aan te toonen, dat het verloren raken in het geheel niet aan zijne schuld te wijten is.

In het algemeen geldt, dat uit de onmogelijkmaking van het bewijs der tegenpartij door een met de goede trouw of met de eischen van het verkeer strijdige handelwijze of nalatigheid de waarheid van de beweringen dier tegenpartij kan worden afgeleid. Indien deze onwaar geweest zouden zijn, zou de ander er veeleer belang bij hebben gehad het bewijs te vergemakkelijken, daar het toch mislukken moest. [3])

---

[1]) De kooper doet een vermoeden in zijn nadeel ontstaan, evenals ingeval van art. 18 W. v. K. (weigering van de openlegging der boeken, waaraan de tegenpartij zich gedragen wil) en van weigering van de uitlevering van een geschrift: art. 1927 al. 5 Ontw. St.C. en Reg. Ontw. (vg. C. P. O. § 427), vg. Best, p. 363: „where effective proofs are in the power of a party, who refuses or neglects to produce them, that naturally raises a presumption that those proofs, if produced, would make against him".

[2]) Anders: Post, p. 36.

[3]) Fitting, p. 74; Betzinger, p. 365, nº. 3; Rosenberg, p. 95 v.

In het bovengeschetste geval van den koop eener stoombaggermachine, waar de koopers in strijd met alle goede trouw het den verkooper onmogelijk hadden gemaakt, de deugdelijkheid zijner machine aan te toonen, had de beslissing dan ook niet moeten luiden, dat het niet-leveren van het bewijs dier deugdelijkheid den verkooper niet meer „zou kunnen worden tegengeworpen", maar: dat het beklaagde arrest op grond van de houding en gedragingen des koopers de deugdelijkheid der geleverde machine als vaststaande heeft aangenomen, en alzoo het middel afstuit op de feitelijke beslissing des rechters. Daar de kooper de machine had aangenomen, en na een enkele reclame alle, duidelijk des verkoopers goeden wil toonende pogingen om van den voldoenden toestand van het geleverde te doen blijken, eenvoudig-weg had genegeerd, was de rechter van oordeel, dat de reclame als chicane en de machine als aan alle eischen voldoende moest worden aangemerkt, en gaf dit te kennen in de eenigszins vage bewoordingen, dat de verkooper niet meer verplicht was nader bewijs te leveren, dat de verkochte machine de daaraan toegeschreven hoedanigheden bezat. Wat ter wereld kon den kooper hebben bewogen bij het onderzoek, dat een voor deze gelegenheid bijzonderlijk overgekomen lid van des verkoopers firma naar de deugdelijkheid der machine kwam instellen, weg te blijven, terwijl de goede trouw zijne aanwezigheid gebiedend eischte? Wat anders dan het bewustzijn van de ongegrondheid zijner eigen aanmerkingen?

Het is niet alleen met de bewijslastregelen niet in strijd, maar zelfs met de in onze wet met betrekking tot de uitlegging van wilsverklaring gehuldigde beginselen (art. 1378, 1374 al. 2 B. W.) in overeenstemming, wanneer de rechter bij de beoordeeling van en het afleiden van gevolgtrekkingen uit iemands handelswijze met de goede tronw en de verkeers-

gewoonten rekening houdt, m. a. w. „de feiten uit het oogpunt van billijkheid en goede trouw hanteert" [1]). Het gaat niet aan te beweren dat 's koopers passieve houding door den bewijslast der tegenpartij wordt gewettigd, zoodat daaruit geen voor hem nadeelig vermoeden zou mogen worden afgeleid [2]). Geene enkele houding wordt door de regelen voor den bewijslast, die geen plicht is tegenover de tegenpartij, maar enkel een uitvloeisel van practische noodzakelijkheid, gewettigd of gewraakt. Wie het nadeel draagt, indien een feit dubieus blijft, heeft geen belang voor de vraag, welke gevolgtrekkingen uit iemands gedragingen kunnen worden afgeleid. Brengt de overeenkomst of de goede trouw mede, dat de kooper een zekere gedragslijn heeft te volgen, dan kan art. 1902 hem noch van die verplichting zelve ontheffen, noch van de mogelijkheid, dat de rechter uit het niet-nakomen daarvan een voor hem nadeelig gevolg afleidt. Doet de rechter dat, dan ontheft hij niet uit een gevoel van goedertierenheid den eischer van den bewijslast, maar hij leidt uit de feiten, die hem gebleken zijn, andere af, op grond van zijn ervaring en zijn kennis der gebruiken in en eischen van het handelsverkeer (bewijs door vermoedens); hij moet dit doen onafhankelijk van de bewijslastvraag en mag dit doen, al is den gedaagde niet — zooals MOLTZER wenscht — door de wet met zoovele woorden de plicht opgelegd den rechter de feitelijke gegevens te verschaffen, die te zijner beschikking staan.

En zoo dikwijls verder de rechter, indien een actie uit onrechtmatige daad [3]) is ingesteld, aanneemt, dat „het

[1]) HOUWING in W. 6536, critiek op het Proefschr. v. Mr. POST; MOLTZER t. a. p., vg. boven hoofdstuk I.

[2]) POST, p. 36; HAZELHOFF ROELFSEMA, p. 89.

[3]) Hier zou de door MOLTZER gewenschte bepaling zelfs in het geheel niet baten, daar het hier geene feitelijke gegevens betreft, die de gedaagde te zijner beschikking heeft.

bewijs der schuld uit de handeling zelve voortvloeit", of: dat een zekere handeling „op zich zelf" vormt een onrechtmatige daad, „tevens het vermoeden van schuld bij den dader medebrengende", of: dat een hooge waarschijnlijkheid van schuld een andere verdeeling van den bewijslast wettigt — één en ander vaak met de uitdrukkelijke overweging: „dat mitsdien de bewijslast in de allereerste plaats op den gedaagde rust" — in al deze uitspraken wordt op grond van een ervaringsregel de schuld als vaststaande beschouwd [1]). De ervaring immers leert ons, dat in den regel een kundig schipper, die een behoorlijke zorgvuldigheid in acht neemt, noch een brug, noch een te bekwamer plaatse stilliggend schip aanvaart; dat het aan den koetsier, die in de kroeg een slokje neemt, te wijten is, indien tezelfder tijd paard en rijtuig een kiosk omverrijden. Iets minder hechte basis heeft bijv. de ervaringsregel, dat een rijtuig, door een behoorlijk koetsier bestuurd, geen voorbijganger aanrijdt. De rechter zal hier naar omstandigheden moeten beslissen [2]). Daarbij zal bijv. in aanmerking komen, waar de aanrijding geschiedde (op een eenzamen landweg of in een drukke straat eener groote stad) en wie werd aangereden (een straatjongen of een gezeten burger, die zorgvuldig pleegt uit te wijken) enz.

Nooit rust hier de bewijslast van overmacht op den gedaagde, voor toewijzing der vordering moet steeds de schuld positief vaststaan. Dit vaststaan kan echter het gevolg zijn van een ervaringsslotsom: de handeling zelve, in verband met de wijze waarop, en de

---

[1]) Zie, behalve de reeds geciteerde vonnissen, nog: Rb. Rotterdam 10 Maart 1888 W. 5578 en Hof Amsterdam 30 Juni 1887 W. 5515.

[2]) DRUCKER t. a. p. wijst terecht op de noodzakelijkheid, dat de rechter in elk geval een speciaal onderzoek doet naar het bestaan der schuld.

omstandigheden waaronder ze plaats greep, kan grond voor een (rechterlijk) vermoeden van schuld opleveren, in welk geval de schuld als vaststaande (ev. bewezen) is te beschouwen[1]).

Evenzeer kan de rechter bijv. bij de actie uit 1302 B.W., het niet-betaald-zijn der schuld (de wanpraestatie) afleiden uit het feit, dat de schuldenaar de kwitantie niet overlegt, indien nl. vaststaat dat zoo betaald ware, daarvan kwijting zou zijn gegeven.

Zoowel hier, als ingeval van onmogelijk-making van het bewijs der wederpartij, wordt dus één feit, dat geconstateerd moet worden, als waar erkend op grond van het vaststaan van een ander feit. Het eerste feit is dan door een vermoeden bewezen.

Dit wordt zeer duidelijk aangegeven door een arrest van het vm. Prov. Ger. van Noord-Holland van 25 Maart 1875. [2]) Hier had de kooper van een partij spek het geleverde, zonder reclame te hebben gedaan, weder verkocht, doch beriep zich later tegenover de actie tot betaling op een manco in

---

[1]) Het Hof den Haag (arr. 2 Mrt. 1903 W. 7912) meent, dat aanvaring van een ter bekwamer plaats stilliggend schip wel een vermoeden doet ontstaan, dat bij dàt schip de schuld der aanvaring niet moet worden gezocht, doch dat uit dat enkele feit op zichzelve nog in geenen deele volgt, dat de aanvaring door de schuld van het andere heeft plaats gehad. Daartoe had de dagvaarding omstandigheden moeten aangeven, waaruit had moeten volgen of had kunnen worden afgeleid, dat de aanvaarder iets heeft gedaan of nagelaten te doen in strijd met de reglementaire voorschriften, of wat hij als een bekwaam zeeman had behooren te doen. In deze — overigens van de gewone jurisprudentie afwijkende — beslissing is merkwaardig, dat het Hof gewicht legt op de omstandigheid, dat de aanvaarder was een gesleept schip en dus, door de nabijheid van en de aankoppeling aan andere schepen, niet vrij in zijn bewegingen. Dit toont duidelijk de juistheid der opmerking, dat de geringste omstandigheid het ingrijpen van een ervaringsregel kan verhinderen en twijfel doen rijzen aan de juistheid der gevolgtrekking.

[2]) R. Bijbl. jg. 1876, p. 118.

gewicht van de geleverde partij. Het arrest overweegt nu, dat op den verkooper, die betaling vordert, de bewijslast rust, dat hij zooveel spek geleverd heeft als waarvan hij betaling vordert. Er stond echter vast, dat 1° geen van beide partijen in hare schrifturen het aantal ponden, dat verkocht en geleverd moest worden, vermeldde, 2° dat in den regel kisten spek, bij het veem opgeslagen, niet worden gewogen, 3° dat de kisten spek door één der getuigen, namens den verkooper, aan den kooper in persoon waren verkocht volgens factuursgewicht, 4° dat de kooper nooit had ontkend en later door een getuige was bevestigd, dat hem bij de levering de factuur was ter hand gesteld, 5° dat de kooper zonder eenige reclame de kisten had aangenomen en een gedeelte daarvan aan zijne verbruikers verzonden, en dat hij eerst aanmerking op het gekochte gemaakt heeft, nadat hij door sommigen dezer op onderwicht was attent gemaakt. Het arrest beslist nu niet, (zooals de redactie van het Rechtsgeleerd Bijblad in haar opschrift den Hove in den mond legt), dat onder deze omstandigheden, de bewijslast van het gewichtsmanco op den kooper rust, maar luidt als volgt:

„Overwegende, dat deze omstandigheden in haar onderling verband, evenzoovele vermoedens ten voordeele van appellants [1]) beweringen opleveren, en dat het hof daaruit besluit, dat ten deze gekocht is volgens factuursgewicht en dat app. het op hem rustende bewijs geleverd heeft; dat het gevolg hiervan nu wel niet is, dat de kooper onherroepelijk verplicht zou zijn tot betaling van den koopprijs, [2]) maar wel, dat hij, na eenmaal

---

[1]) Des verkoopers.

[2]) Vele collegiën nemen n.l. in dergelijke gevallen berusting aan; men heeft dan zijn recht om tegen de levering op te komen, (niet slechts het bewijs des verkoopers) „verwerkt".

de kisten aangenomen en daarover als eigenaar beschikt te hebben, niet kan volstaan met te ontkennen, dat hij het gekochte gewicht ontvangen heeft en met te vorderen, dat de verkooper de levering bewijze, maar dat hij zelf in dien stand der zaak bewijzen moet, dat hij minder dan het factuursgewicht ontvangen heeft" [1]).

De kooper moet dus tegenbewijs leveren tegen de ten voordeele des verkoopers pleitende vermoedens, op grond van welke het Hof de juistheid der factuursopgave aannam. Slechts hij die het dragen van bewijslast met het „moeten bewijzen" identificeert, kan hier van overgang van den bewijslast spreken.

§ 7.

Het gezegde vindt nog een bijzondere toepassing in die gevallen, waarin bewijs moet worden geleverd van feiten, van welke men zich in het verkeer gewoonlijk geen schriftelijk bewijs verschaft.

Hiervan is een eenvoudig voorbeeld, dat door den verkooper de betaling wordt gevorderd van een plaatsbewijs voor een theater- of concertuitvoering, of van een glas bier aan een stationskoffiehuis [2]). Afgezien van de onsplitsbaarheid der bekentenis, moet de kooper, later nogmaals tot betaling aangesproken wordende, indien hij den koop eerlijk erkent, de betaling bewijzen en zoo hij daarin niet slaagt — wat bij gebreke van getuigen zeer waarschijnlijk is, daar met het oog op art. 1968 B. W. een eedsopdracht slechts zelden toelaatbaar zal zijn — tot herhaalde betaling worden

---

[1]) Zoo ook: H. R. 11 Juni 1858 W. 1967; vg. thans art. 1 Spoorwegwet.
[2]) ROSENBERG, p. 103; BETZINGER, p. 366.

veroordeeld. De ervaring echter komt hem bij dat bewijs te hulp: zij leert den rechter, dat de kooper van een theaterbillet of van een glas bier dit onmiddellijk aan den bureaulist of houder van het buffet betaalt (handkoop). Op het enkele feit van het sluiten van den koop zal de rechter derhalve zijn overtuiging, dat de koopprijs voldaan is, zoolang kunnen gronden, als hem geen omstandigheden blijken (door tegenbewijs), die zijne overtuiging aan het wankelen brengen. Is hij echter maar eenigszins twijfelende, bewijst bijv. de verkooper, dat de gedaagde zich, na het glas bier te hebben geledigd, met bekwamen spoed uit de voeten heeft gemaakt, dan staat de betaling niet meer vast, art. 1417 B. W. blijft buiten toepassing en de kooper wordt onverbiddelijk veroordeeld. Ook hier dus: geene omkeering van den bewijslast, maar bewijs door vermoedens.

De bijzondere omstandigheden van het geval geven den rechter aanleiding uit hetgeen hem gebleken is andere feiten af te leiden. Want hier en in de vroegere gevallen geldt de regel: „met de feiten zelve zijn mede de gevolgen bewezen, die door het gezond en ontwikkeld (d. i. ervaren) verstand uit die feiten worden afgeleid" [1]).

---

[1]) LAND, III² p. 364 noot 1.

BESLUIT.

Aan het einde van ons betoog gekomen, willen wij thans nog even in groote trekken de resultaten van onze beschouwingen samenvatten.

De hoofdregel, waarvan wij uitgingen, was deze, dat de toepassing van een rechtsvoorschrift afhankelijk is van het vaststaan zijner feitelijke bestanddeelen. Is de rechter niet overtuigd van het werkelijk-gebeurd-zijn der vereischte feiten, dan blijft de toepassing van het rechtsvoorschrift achterwege.

Daar de partij, die de tusschenkomst des rechters inroept, van dezen de toepassing van een rechtsvoorschrift vraagt, is het, zal zij kunnen in het gelijk gesteld worden, volstrekt noodig, dat de feitelijke elementen van dat voorschrift vaststaan: anders kan het niet worden toegepast en dit heeft voor haar, die het inriep, het verlies der procedure tengevolge.

Wanneer nu, gelijk in onze burgerlijke procedure, de rechter niet ambtshalve een onderzoek mag doen naar de omstandigheden, die voor zijne beslissing zouden kunnen van belang zijn, maar tengevolge van het beginsel der lijdelijkheid slechts mag acht slaan op de door partijen gestelde en bewezen feiten, dan bestaat voor de partij, die zich op een rechtsvoorschrift beroept, de noodzakelijkheid de feiten, die voor

de toepassing van dat voorschrift moeten vaststaan, voorzoover zij niet notoir en behoorlijk betwist zijn, te bewijzen. Op haar rust — daar in dat geval de vereischte feiten alleen door bewijs kunnen blijken — de bewijslast. Haar begeeren is op toepassing van een voorschrift gericht, voor die toepassing moeten bepaalde feiten als waar worden erkend, en in het bijzondere geval is bewijsvoering de eenige weg om den rechter de waarheid van die feiten te doen aannemen.

Het gezegde geldt natuurlijk allereerst voor den eischer — die zich altijd op een rechtsvoorschrift beroept —, maar niet minder voor den gedaagde. De wisselwerking der rechtsvoorschriften heeft tot gevolg, dat beurtelings door elke partij een beroep moet worden gedaan op een haar gunstig rechtsvoorschrift.

Zoodra nu de gedaagde een voorschrift voor zich inroept, draagt hij het nadeel, wordt dus de eischer in het gelijk gesteld, indien de feitelijke bestanddeelen van dát voorschrift dubieus blijven, en dit risico leidt, onder gelijke omstandigheden als voor den eischer, ook voor hem tot het dragen van bewijslast.

Met de verhouding der rechtsvoorschriften als positief- tot negatief-werkende (d. w. z. als rechtsgevolg scheppende tot rechtsgevolg-verijdelende of -opheffende) correspondeert dus de verdeeling van het risico met het niet-vaststaan der feiten verbonden en bijgevolg ook de verdeeling van den bewijslast, als uitvloeisel van dat risico.

De bewijslast en de verdeeling van den bewijslast zijn derhalve geen gevolg van billijkheid, maar enkel van practische noodzakelijkheid. De toepassing der ingeroepen voorschriften is van het vaststaan van bepaalde feiten afhankelijk; blijft een feitelijk element van een voorschrift twijfelachtig, dan komt dit neer op hem, die zich op

dat voorschrift beroept. Dit is een gevolg van het karakter der rechtsvoorschriften en laat dus geene uitzonderingen, ook niet op grond van de bijzondere gesteldheid van eenig speciaal geval, toe: een omkeering of verschuiving van den bewijslast om redenen van billijkheid is absoluut uitgesloten.

Daarentegen biedt de bewijsappreciatie, de beoordeeling der vraag, welke gevolgtrekkingen de rechter mag maken uit de hem gebleken feiten, dezen een ruim veld om aan de eischen van gerechtigheid en waarheidsliefde ten volle recht te doen wedervaren, mits hij zich slechts onafhankelijk van de verdeeling van den bewijslast, afvrage, welke vermoedens uit de vaststaande feiten kunnen worden afgeleid.

Wat de resultaten betreft, wijkt onze opvatting zoo goed als niet van de heerschende af: de verhouding van positieve tot negatieve werking, van regel tot uitzondering, is naar beide de grondslag voor de verdeeling van den bewijslast. Maar toch biedt onze beschouwing groote en belangrijke voordeelen boven hetgeen gewoonlijk geleerd wordt. De talrijke en vaak verwarrende onderscheidingen tusschen de verschillende rechtsfeiten worden overbodig, het komt er, om de verdeeling van den bewijslast te vinden, slechts op aan, de verhouding der in toepassing komende voorschriften door interpretatie van de wet vast te stellen, waarbij de rechter op een veel steviger basis staat dan bij het onderzoeken van het karakter van feiten. Maar vooral wordt, door het op den voorgrond plaatsen der rechtsvoorschriften, een duidelijk beeld gegeven van het risico, dat het wezen van den bewijslast uitmaakt en komt zoo de universeele beteekenis van dit risico aan het licht, terwijl de heerschende leer, op het voetspoor van art. 1902 B. W. uit-

gaande van het subjectieve recht, ons in den steek laat bij acties, die niet op een subjectief recht steunen, bij feiten enkel voor het proces van beteekenis, en in de niet-civiele procedures, waarin wel geen eigenlijke bewijslast bestaat, maar wel het risico, dat daaraan ten grondslag ligt.

Tevens blijkt de zuiver processueele natuur van dit risico (en dus ook van den bewijslast) duidelijk uit de omstandigheid, dat het overal en in elk proces zich voordoet, en in verband daarmede, dat het niet juist is den bewijslast, die op zich zelf slechts een gevolg is van den invloed, die de lijdelijkheid des rechters op de consequenties van dit risico uitoefent, te brengen tot het materieele privaatrecht.

De wetgever, die algemeene bepalingen omtrent de verdeeling van den bewijslast zou willen geven, zou die bepalingen dus in elk geval in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moeten plaatsen. Maar algemeene bepalingen zijn bovendien niet gewenscht, waar toch reeds alles beslist wordt door de verhouding der ingeroepen rechtsvoorschriften. *Of* zij spreken een regel uit, die reeds uit den aard der zaak volgt — zooals art. 1902 B. W. —, *of* zij leggen — zooals de §§ 193—197 Ontwerp B. G. B.[1]) — een bepaalde theorie in de wet vast en doen dan het gevaar ontstaan, dat indien te eeniger tijd, de wetenschap met die theorie breekt, in de wet een verouderde leer geschreven blijft.

Indien de Duitsche wetgever de bepalingen van het Eerste Ontwerp in het wetboek zou hebben opgenomen, dan zou hij thans, nu, voornamelijk sedert de verschijning van ROSENBERG's „Beweislast", door de meest gezaghebbende

[1]) Zie boven p. 8 (tekst § 193) en 9 (inhoud §§ 194—197).

rechtsgeleerden [1]) de wisselwerking der rechtsvoorschriften als grondslag voor de verdeeling van den bewijslast wordt erkend, ongetwijfeld achterop zijn geraakt en ware voor misschien zeer langen tijd een opvatting in de wet vastgelegd, welker juistheid door de wetenschap niet meer zou worden aangenomen.

Daarentegen is het in het belang der rechtszekerheid inzake de verdeeling van den bewijslast ten zeerste gewenscht, dat de wetgever alle bijzondere voorschriften, vooral die van het materieele recht, nauwkeurig formuleert, opdat duidelijk blijke welke hunne feitelijke bestanddeelen zijn en in welke verhouding zij tot elkaar staan. Het voorbeeld van den Duitschen wetgever, die de in het Eerste Ontwerp voorkomende algemeene bepalingen schrapte, doch zich toelegde op een nauwgezette redactie der voorschriften van het wetboek [2]), verdient in alle opzichten navolging. Bij die redactie is het, daar de wisselwerking der voorschriften op de verhouding van regel tot uitzondering berust, de aangewezen weg, die voorschriften ook in den vorm van regel en uitzondering te kleeden, liefst met behulp van bepaalde stereotype uitdrukkingen, welke aanduiden dat die verhouding aanwezig is, en dus ook, wie het nadeel lijdt, indien de feiten voor de toepassing der uitzonderingsbepaling vereischt, niet vaststaan.

Op het voetspoor van het B. G. B. [3]) kan onze wetgever dan door één der termen: „dit geldt niet", „tenzij", „uit-

---

[1]) Planck, Kommentar zum B. G. B. p. 44 v. v.; Zitelmann, B. G. B. dl. I, p. 25 v. v. (geciteerd bij Cüppers, p. 49—59), verder Küntzel, Grüchots Beitr. Bd. 40; Düringer-Hachenburg, Hand. G. B., II, 1 p. 189 v. v.; vóór Rosenberg reeds Betzinger, Beckh, Kress.

[2]) vg. boven pag. 9.

[3]) vg. Rosenberg p. 112 v. v., Beckh § 5, Kress. p. 91, 94 v. v.

gezonderd", „indien niet" [1]), enz. te kennen geven, dat men met een uitzonderingsbepaling te doen heeft. Natuurlijk zal ook dán niet steeds in ieder bijzonder geval met één oogopslag te zien zijn, op wie de bewijslast rust, maar dit is uit den aard der zaak een onbereikbaar ideaal. Wél echter zal de vraag naar de verdeeling van den bewijslast tot een enkele wetsinterpretatie zijn teruggebracht, en geene verdere moeilijkheden opleveren dan steeds en onvermijdelijk met de uitlegging van wetsbepalingen verbonden zijn.

---

[1]) In het B. G. B. geldt de regel, dat een negatief-voorwaardelijke bijzin als uitzonderingsbepaling is aan te merken, wanneer het woordje „nicht" onmiddellijk achter het voegwoord volgt of daarvan slechts door een persoonlijk voornaamwoord gescheiden is. Vg. bv. § 452 („sofern nicht") met § 229 B. G. B., in welke laatste bepaling het „nicht" geheel van het voegwoord gescheiden is, hetgeen aanduidt, dat men niet met een uitzondering, maar met een negatief-geformuleerd feitelijk element van het regelvoorschrift te doen heeft en dat dus de bewijslast van hetgeen op het voegwoord volgt, op dezelfde partij rust als die van hetgeen voorafgaat.

STELLINGEN.

I.

Moratoire interessen behoeven niet tegelijk met de hoofdschuld te worden opgevorderd.

II.

De terleengeving op interessen is een wederkeerige overeenkomst.

III.

De regel, dat zakelijke rechten door vermenging tenietgaan, is niet alleen in jure constituendo niet te behouden, maar kan ook naar geldend recht niet consequent worden doorgevoerd.

In verband daarmede is de bepaling van art. 190 van het Ontwerp tot herziening van het Tweede Boek van het B. W. (1899) niet aan te bevelen.

IV.

De vruchtgebruiker eener inschuld is bevoegd de voldoening daarvan te vorderen.

V.

De opneming van de eigen waarneming des rechters onder de bewijsmiddelen is onvereenigbaar met de onderscheiding van direct en indirect bewijs.

VI.

Wettelijke vermoedens hebben geene beteekenis voor de verdeeling van den bewijslast, doch vormen een grond, waarop de waarheid van een feit moet worden aangenomen.

VII.

Naar ons recht hebben de partijen bij eene overeenkomst in het algemeen de bevoegdheid den bewijslast contractueel te verplaatsen; de clausule der Amsterdamsche polis voor verzekering op behouden-varen, dat de polis zelve en hetgeen men verder ter goeder trouw zal kunnen produceeren, tot bewijs van intrest, waarde of eigendom zal verstrekken, is als een zoodanige verplaatsing en dus als geldig aan te merken.

VIII.

Op den gedaagde, die tot nakoming eener overeenkomst wordt aangesproken, rust de bewijslast, indien hij de overeenkomst erkent, doch beweert, dat zij onder eene voorwaarde of tijdsbepaling is aangegaan.

IX.

Van nietigheid eener dagvaarding wegens niet-voldoening aan art. 5 3° W. v. B. R. is geen sprake, indien de conclusie wel duidelijk en bepaald is, maar volstrekt niet uit de volledig opgegeven premissen voortvloeit.

X.

Het is niet gewenscht bij de herziening van ons bewijsrecht de bepaling van art. 1961 B. W. (art. 1938 Ontwerp Staatscommissie) te behouden.

XI.

Het beding van art. 297 W. v. K. is te beschouwen als eene verpanding door den verzekerde van zijne vordering op den verzekeraar aan den schuldeischer.

XII.

Art. 148 W. v. Sv. levert geen argument op voor de stelling, dat een gedetineerde ook buiten het geval bedoeld bij art. 224 W. v. Sv., voor den rechter kan worden gebracht.

XIII.

Ten onrechte besliste het Gerechtshof te Amsterdam (arr. 16 Jan. 1894, W. 6568), dat hij, die à contant door hem gekochte, door den loopknecht des verkoopers hem overhandigde goederen aanneemt, doch niet betaalt, en daarover als eigenaar beschikt, zich schuldig maakt aan verduistering.

XIV.

Hij, die na zijne verkiezing tot lid der Staten-Generaal eene benoeming tot burgemeester aanneemt, verliest zijn lidmaatschap niet.

XV.

Ministers en Regeeringscommissarissen genieten niet het voorrecht van immuniteit, bedoeld bij art. 97 van de Grondwet.

XVI.

De l. 2 Dig. de prob. 22.3 is niet in dien zin te verstaan, dat negatieve feiten niet zouden behoeven bewezen te worden.

XVII.

Niet juist is de bewering van Mr. PIERSON, (Leerboek der Staathuishoudkunde, 1890, deel II, pag. 10—12), dat eene overproductie zich niet anders kan voordoen dan ten aanzien van een bepaalden tak van voortbrenging.



